

EL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

**UNA MIRADA COMPARADA DESDE EL DERECHO CONTINENTAL
EUROPEO, EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y SU INFLUENCIA EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO**

DANIEL ZAPATA CADAVID



**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**Bogotá D.C, Colombia
2016**

EL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

**UNA MIRADA COMPARADA DESDE EL DERECHO CONTINENTAL
EUROPEO, EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y SU INFLUENCIA EN EL
DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO**

DANIEL ZAPATA CADAVID

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: REFLEXIONES EN TORNO AL NUEVO CÓDIGO
DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO: LEY 1437 DE 2011**

Director: Andrés Rodríguez Gutiérrez, Ph.D.

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Bogotá D.C, Colombia
2016**

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D.C. _____, de _____ de 2016

*Yahveh, el creador del cielo y la tierra, el que
fue, es y será.*

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	7
Pregunta de investigación.....	9
Planteamiento del problema.....	9
Hipótesis	12
Justificación	14
Objetivo general.....	15
Objetivos específicos	16
Estado del arte.....	17
Marco Teorico.....	22
PARTE I. EL SURGIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	24
CAPÍTULO 1. EL ORIGEN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA	31
Sección A. La judicialización de la Administración en Colombia: El activismo judicial en Colombia.....	37
Sección B. El juez especializado de la Administración en Colombia: El Consejo de Estado.....	44
Conclusiones de capítulo.....	61
CAPÍTULO 2. EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO ANTE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN.....	62
Sección A. Desmitificación del sometimiento del Estado inglés al derecho privado -huida del derecho administrativo al derecho privado-.....	74

Sección B. Contención de la influencia de la huida del derecho administrativo al derecho privado en el sistema de la civil law.....	78
Coclusiones de capítulo.....	81
PARTE II. EL ROL DEL JUEZ EN LA DEMOCRACIA.	83
CAPÍTULO 3. LAS FRONTERAS ENTRE JURISDICCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y LEGISLACIÓN.....	94
Sección A. Los sistemas del control de la Administración: el modelo administrativista y el judicialista	103
Sección B. Los jueces y el control de la Administración en el sistema de la <i>common law</i> – sistema monista británico y norteamericano -.....	115
Conclusiones de capítulo.....	133
CAPÍTULO 4. LA DESCONCENTRACIÓN Y LA AUTONOMÍA JUDICIAL PARA CONTROLAR LA ADMINISTRACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN DE LA LEY 1437 DE 2011.....	134
Sección A. La jurisprudencia con relación a la relativa autonomía de discrecionalidad de la Administración.....	149
Sección B. Autonomía e independencia del Consejo de Estado frente a la Corte Constitucional	158
Conclusiones de capítulo.....	175
Conclusiones finales.....	176
SOPORTE BIBLIOGRÁFICO.....	181
1. MANUALES Y TRATADOS.....	181
2. ARTICULOS.....	191
3. NORMATIVA.....	195
4. WEBGRAFÍA.....	197

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda la problemática de la injerencia de los jueces en la Administración en Colombia. Dentro de la teoría del derecho público, se entiende que es función de esta rama del poder público realizar políticas y acciones para satisfacer las necesidades de la comunidad. Sin embargo desde la aparición de la Corte Constitucional en Colombia,¹ encontramos que los jueces y altos tribunales toman decisiones que pueden tipificarse como administrativas; por ejemplo, mediante acciones populares, se ordena la construcción de un hospital, de una escuela; la intervención en materia ambiental y de movilidad, entre otras, tales decisiones no han sido recibidas por los juristas de una manera pacífica, especialmente por la ruptura del principio de la separación de poderes y por su impacto fiscal.

La función del juez contencioso administrativo dentro del Estado de Derecho se viene fortaleciendo, desde vieja data; así acontece con la fiscalización por parte de los jueces sobre el poder ejecutivo, en especial en relacionado con los controles jurídicos de los actos administrativos a través de los mecanismos introducidos por el legislador colombiano en la Ley 1437 de 2011. Las potestades regladas o discrecionales de la Administración también se encuentra limitadas por el derecho, y sobre ellas recae el control judicial. Lo anterior de conformidad con el artículo 44² de la precitada ley que establece que el acto administrativo debe adecuarse a los fines de la norma que le autoriza y proporcional a los hechos, asunto que, desde luego, es competencia del juez.

El fortalecimiento del poder de los jueces sobre la Administración no sólo se ha presentado vía jurisprudencial a través de la fuerza vinculante del precedente judicial,³ sino que el propio legislador estipuló en el artículo 10 de la Ley 1437⁴ de 2011 el deber de las autoridades, en especial la Administrativa, de aplicar de manera uniforme la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte

¹ La Constitución Nacional de 1991 ordena la creación de la Corte Constitucional.

² Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. *“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

³ Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia. *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”* Ver Sentencia T-892 de 2011 la cual sostiene que la jurisprudencia es fuente formal del derecho.

⁴ Artículo 10 de la Ley 1437 de 2011. *“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”*

constitucional.⁵ Entonces, la Administración debe obrar no sólo bajo los parámetros de la legislación, según la concepción clásica del derecho administrativo, sino, que además, deberá regirse por los del poder judicial.

La injerencia del poder judicial en la Administración se evidencia en el nuevo mecanismo de la extensión jurisprudencial estipulado en el artículo 102⁶ y 269⁷ de la referida Ley 1437, lo cual obliga a la Administración a aplicar el precedente judicial del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional a casos concretos que tengan los mismos supuestos de hecho y de derecho, salvo justificación razonable por parte de la Administración de no estar amparados por la línea jurisprudencial del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional.

Lo expuesto, sin detrimento de otras instituciones que demuestran el fortalecimiento del poder judicial en las decisiones administrativas tales como las nuevas facultades del juez para decretar medidas cautelares⁸ sobre decisiones administrativas y lo relativo al principio de justicia rogada,⁹ para participar más allá de lo pedido en ciertos eventos, evento que permite al juez ser más activo en la decisión administrativa que examina. Importa resaltar, que aunque la Constitución no atribuye competencia exclusiva al juez contencioso para controlar los actos administrativos, en la práctica, al ser el único competente para decretar medidas cautelares, es el llamado a ejercer el debido control de los actos administrativos.¹⁰

En este orden de ideas, se admite como premisa la vieja idea, según la cual *juzgar a la Administración también es administrar*¹¹, ya que cuando el juez opta por una decisión administrativa termina coadministrando, sea mediante el activismo judicial o por el sólo hecho de realizar un control negativo de los actos de la Administración, o por el solo hecho de complementarlos o simplemente por aprobarlos.

⁵ Exequible en Sentencia C-634 de 2011.

⁶ Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. *“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos (...).”*

⁷ Artículo 269 de la Ley 1437 de 2011. *“Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente (...).”*

⁸ El artículo 230 de CPACA clasificó dichas medidas en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

⁹ Tener en cuenta el principio *“iura novit curia.”*

¹⁰ Artículo 238 de la Constitución Política de Colombia.

¹¹ Montesquieu así lo expresó en 1789.

Pregunta de investigación

¿Predomina el precedente judicial del Consejo de Estado como máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre las decisiones administrativas de conformidad con la implementación de la ley 1437 de 2011?

Planteamiento del problema

Mediante el control judicial sobre la Administración, se supeditan las decisiones que ordinariamente le corresponden al poder ejecutivo. En este sentido, resulta pertinente comprender si el poder judicial está legitimado para interferir en las decisiones de la Administración, toda vez, que un cuerpo no representativo del Estado, termina definiendo si las decisiones adoptadas por los cuerpos representativos del pueblo son o no son legales y si son o no razonables a luz de la Constitución.

En este orden de ideas, importa igualmente discernir y diferenciar las 3 funciones clásicas del Estado, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial para entender qué se entiende por administrar y qué se entiende por juzgar a la Administración en la teoría de la separación de poderes, en cuanto es precisamente el principio de desconcentración, autonomía e independencia por parte de un tercero imparcial elegido conforme a ley, lo que caracteriza al poder judicial y el cual está llamado a garantizar que las decisiones legislativas y administrativas se ajusten a los fines del Estado. Además, está la importancia del principio de la seguridad jurídica sobre las decisiones adoptadas por todas las autoridades públicas dentro del sistema democrático, razón por la cual también lo es acatar el precedente judicial y administrativo para garantizar la igualdad de trato. Por consiguiente, el tema de la obligatoriedad del precedente judicial y la unificación de la jurisprudencia³³ es relevante, dado que existen 32 tribunales administrativos en Colombia que requieren de unificación jurisprudencial, labor propia del Consejo de Estado como máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, se observa, por un lado, que el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial estipulado en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, faculta al Consejo de Estado para examinar los asuntos decididos o causados por la Administración pública, se considera por otro, que este no atiende en debida forma el principio de desconcentración, autonomía e independencia judicial concertado en el artículo 228 de la Constitución Nacional.

³³ Artículo 256 de la Ley 1437 de 2011

En cuanto a la autonomía del juez para intervenir en la Administración, podemos decir que varía de un Estado a otro. En algunos se tiene una jurisdicción plena, como, en Argentina, Colombia, España, Italia, Alemania o Francia, pero en otros la intervención resulta más relativa, como en Estados Unidos y México, y finalmente, en otros países resulta casi que ínfima, tales como Inglaterra y Escocia. Al hacer un estudio de los sistemas judicialistas y administrativistas, en el primer sistema, el juez asume un papel bastante amplio en el control de las decisiones administrativas, y en el segundo, la propia Administración se autorregula y define con carácter de cosa juzgada ciertos asuntos, dejando al poder judicial asuntos muy taxativos.

El autor del presente ensayo pretende comprobar que el derecho administrativo se presenta en todos los Estados occidentales, toda vez, que en mayor o en menor medida cuentan con una organización de normas especiales o de decisiones unilaterales y de ciertas prerrogativas, y hasta de ciertos controles especiales para alcanzar sus fines y evitar la arbitrariedad de las autoridades administrativas.

Primeramente, se aborda la distinción entre las normas de carácter público y las de carácter privado, para luego entrar a desmitificar que el Estado anglosajón o el gabinete se rija exclusivamente por normas de derecho privado para alcanzar finalidades de interés general. Es incorrecto sostener que no existe derecho especial o administrativo en Inglaterra, toda vez, que allí se genera el *statute law* diferente al *Common law*. Con lo anterior, se aborda también la teoría de “*la huida del derecho administrativo al derecho privado*”, esto es, que la Administración se comporte como un particular más y sometido al juez común como una estrategia viable para alcanzar ciertas finalidades del Estado en ciertos sectores económicos y servicios, pero destacando la importancia de un núcleo adscrito a un régimen especial, más aun cuando se trata de un control y vigilancia requeridos en ciertas decisiones especiales para garantizar la prestación adecuada del servicio, y por la necesidad de ampliar la cobertura del servicio, dentro de un régimen especial y con un juez especializado.

Se puede entonces observar, que es factible que la propia Administración tenga mayor autonomía para definir el derecho especializado, ya sea controlando sus propios actos u optando en algunos eventos por comportarse como un particular más, sometiéndose al régimen privado, y por tanto, a un juez común. No obstante, en gran parte del continente la autonomía del juez juega un papel importante al definir en derecho los actos administrativos, independientemente de la teoría anglosajona de la deferencia que minimiza las facultades a los jueces en los asuntos administrativos. En verdad la actividad de la Administración pública es susceptible de control jurisdiccional como consecuencia directa de la tutela judicial efectiva. Incluso puede hacerse una lectura histórica de la lucha contra la inmunidad del poder, tal como se fue abordando por lo que se planteará como se fue abordando el problema el sistema europeo hasta la consolidación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia.

En este sentido se examina la problemática de la injerencia de los jueces en la Administración, especialmente en el campo de su discrecionalidad en las decisiones administrativas y de su control por parte de los jueces sin romper el principio de separación de poderes.

Por otro lado, la tesis plantea la importancia y la justificación de un juez especializado de la Administración para controlar la propia Administración. Al poder legislativo y al poder ejecutivo los controla el poder judicial, dado que la actividad de juzgar a la legislación es también un modo de legislar, como juzgar a la Administración es un modo de administrar; en su momento los franceses sostuvieron que juzgar a la Administración era también administrar. Pero permitir que una misma corporación juzgue la legislación, la Administración y el comportamiento particular es vulnerar el principio republicano de la separación de poderes, que se torna en una mera ficción: el remedio para la confusión de poderes es la desconcentración judicial autónoma e independiente.

Resaltar la importancia del juez contencioso administrativo, como juez autónomo e independiente de las demás jurisdicciones, en la labor de unificar y extender su jurisprudencia, es de vital importancia para la consolidación de la democracia, toda vez, que ésta también se fortalece mediante la limitación del poder de la Corte Constitucional, dado que uno de los ideales de las Constituciones modernas consiste precisamente en limitar y distribuir el poder de cada órgano del Estado, y los jueces en la administración de justicia no se sustraen a dicha tendencia.

En síntesis se debe resolver: si el control judicial de la Administración es legítimo, si se respeta o no la separación de poderes al incidir el poder judicial en las decisiones propiamente administrativas, si es democrático el modelo judicialista para controlar la Administración, si la Ley 1437 de 2011 sigue este modelo, si es factible que la Administración se rija sólo por normas de derecho privado como un particular más y sometida a juez común, si los principios de desconcentración y autonomía judicial son esenciales en una democracia para controlar la Administración, si el Consejo de Estado respeta dichos principios al efectuar la unificación de la jurisprudencia, y finalmente, si se justifica razonablemente de tener un juez especializado, en este caso el Consejo de Estado, para controlar la Administración sin interferencia de la Corte Constitucional.

Hipótesis

1. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fortaleció la institución del precedente judicial para las autoridades administrativas, y también amplió las potestades del juez para decretar medidas cautelares sobre las decisiones de la Administración, todo lo cual evidenciaría la preponderancia del poder judicial sobre la Administración.
2. La jurisdicción contencioso administrativa en Colombia,³⁴ de tradición francesa desde 1886,³⁵ ha sido cuestionada por la Corte Constitucional como tribunal máximo de lo contencioso administrativo. La Corte ha llegado al punto de abandonar, en menos de 20 años, el proceso histórico de dualidad de jurisdicciones que venía teniendo lugar en Colombia desde la Constitución de 1886,³⁶ más exactamente puesta en práctica por primera vez mediante la Ley 130 de 1913 con la creación de una corporación especializada en la Administración.³⁷

³⁴ El artículo 116 y 228 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996 determinan la estructura de quienes administran justicia en Colombia. Esta última señala en el artículo 12: *“La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.”*

³⁵ MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en policía, una contra-lectura de los orígenes del derecho administrativo en Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p.19. *“La Historia del derecho administrativo colombiano siempre se ha entendido que tiene su nacimiento en el siglo XIX, situación que produjo una ruptura absolutamente radical con la colonia española. Vamos a plantear una tesis completamente diversa, cual es la de entender que nuestro derecho administrativo de 1810 a 1830 conservó en gran parte la estructura del derecho colonial español. Situación que es palpable en el modelo de Administración consagrado en los diversos textos constitucionales de la época, en donde se ejerció un control sobre los actos del poder ejecutivo de carácter particular o subjetivo. Esta circunstancia genera que debamos comenzar a comprender al Estado de Derecho colombiano como una institución que sólo se nutrió tardíamente de sus fuentes francesas y en el que perduró el influjo español hasta bien entrado el siglo XIX.”*

³⁶ En la Constitución de 1886, redactada por Miguel Antonio Caro y promulgada por Rafael Núñez, se adoptó un modelo desconcentrado de administrar justicia. El artículo 141 sobre las atribuciones del Consejo de Estado señalaba: *“Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación.”* En el artículo 151 sobre las atribuciones de la Corte Suprema: *“Conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes.”* El Congreso de la República (de la época) da su primer paso de manera tímida para dejar paulatinamente a un lado el concepto del legislador- juez, cediéndolo a la Rama Judicial el papel de definir el alcance de la ley dentro de la Constitución al establecer en el artículo 151: *“decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales.”*

³⁷ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de derecho administrativo en Colombia In El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS, Ed. Civitas

3. Consideramos que al poder legislativo y al poder administrativo en Colombia lo complementan los jueces,³⁸ luego permitir que un mismo juez defina qué debe ser ley, cuál debe ser el acto administrativo que desarrolle dicha ley y qué conducta particular se ajusta a la ley administrativa o a la ordinaria, **es quebrantar la idea de la separación de poderes**,³⁹ es convertirla en una mera ficción; supuestamente es esta la razón primordial, necesaria e imperante del juez especializado de la Administración con facultades constitucionales en su ramo para establecer el alcance del derecho en materia administrativa, porque cuando él interviene en la Administración, se confunde su calidad de juez con la del administrador, así como lo expresaron los revolucionarios franceses de 1789.
4. El proceso de unificación de jurisprudencia administrativa consagrado en el artículo 271, entre otros, de la Ley 1437 de 2011, vulneraría el principio de desconcentración de la Administración de justicia, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política.

ediciones, Madrid, 2003. p. 1338. “(...) esta ley, en consecuencia, puso en práctica, por primera vez en Colombia, el sistema de dualidad de jurisdicciones y en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio, constituyó el primer código contencioso administrativo en nuestro medio.”

³⁸OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿viaje de ida y vuelta? 5 Serie de Derecho Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, Bogotá, 2009. p. 57. “(...) juzgar a la Administración es administrar. La afirmación parecía lógica: anular un acto administrativo sería, de hecho, una forma de tomar una decisión administrativa: juzgar l’administrationc’est encoré administrer.”

³⁹ DUGUI, León. Lecciones de Derecho Público General, impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad Egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926. Traducción, estudios preliminares y notas de Javier García Fernández. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011. pp. 137-138. La idea de la separación de poderes no siempre es apetecida por los doctrinarios del pensamiento clásico francés, así el profesor francés Leon Dugui, en su obra Lecciones de Derecho Público General, manifestó un simpatismo tímido por el ordenamiento jurídico galo, al punto de señalar en cuanto a la teoría de separación de poderes lo siguiente: “no necesito decir que, a mi juicio, estamos sin duda ante teorías muy interesantes y muy ingeniosas, pero que no son otra cosa que gimnasia del espíritu y que científicamente no responden a ninguna realidad. Me inclino respetuosamente ante las creencias cristianas. Pero en lo que se refiere al Derecho Público y a la política digo, sin dudarlo, que es necesario echar por la borda estas concepciones metafísicas que se sitúan fuera de la realidad y que no tienen otras consecuencias que torcer los espíritus y poner trabas al progreso.” Agrega que esta concepción de la separación de poderes ha tenido en Francia y en América consecuencias graves. Ahora bien, en cuanto a la armonía de poderes y al Régimen Parlamentario, afirma, en resumen: “(...) en el régimen parlamentario hay un reparto de funciones entre el gobierno mediante la sanción de la responsabilidad política de los ministros. A la inversa, el gobierno ejerce su acción sobre el parlamento por medio de su derecho de iniciativa, de su derecho de palabra y su derecho de disolución. En caso de conflicto el cuerpo electoral es el juez sin apelación: gobierno y parlamento deben inclinarse ante su veredicto.” P. 140. Reprochamos el pensamiento de Dugui, dado que el poder democrático debe corresponder al principio de distribución de competencias y el respeto por los derechos fundamentales.

Justificación

En el Estado de Derecho se ha entendido que el poder público debe someterse al derecho, lo que significa que la actividad de administrar por parte del Estado debe sujetarse a control. En este sentido, la idea de democracia no puede separarse del derecho, y en consecuencia, la democracia no puede reducirse al tema del gobierno de las decisiones de las mayorías o a la mera libre elección de los dirigentes por espacios de tiempo determinados, sino que se centra a proteger a cada individuo. Entonces, la democracia entraña límites, no sólo los consagrados en la propia ley, sino en la valoración de principios por parte de un tercero imparcial.

Por lo regular, cuando la tarea consiste en reflexionar sobre la función administrativa, es notorio que los doctrinantes se interesen en estudiar los órganos que componen la rama ejecutiva (sea centralizada, descentralizada y los órganos autónomos); por supuesto, este interés tiene una clara justificación funcional, al ser esta rama la llamada inicialmente a administrar. Sin embargo, nuestro interés se centra en el funcionamiento del poder judicial, porque la función judicial en Colombia determina las decisiones tomadas por las otras dos ramas del poder público; y ahora, mucho más, por la obligación de la Administración de seguir el precedente judicial del Consejo de Estado y con la institucionalización del mecanismo de extensión de jurisprudencia en la jurisdicción administrativa, la cual subordina las decisiones de las autoridades administrativas a los jueces, generando una tensión que incide en el principio de separación de poderes.

Ahora bien, Colombia forma parte del sistema judicialista de la Administración,⁴⁰ aunque con ciertas restricciones según las nuevas reformas del Código General del Proceso,⁴¹ Pero en todo caso, tenemos que con el nuevo mecanismo de extensión y unificación de jurisprudencia, se observa un énfasis en el posicionamiento del sistema judicialista de la Administración o, lo que es lo mismo, un fortalecimiento del control judicial sobre las autoridades administrativas.

⁴⁰ De conformidad con la doctrina, entiéndase la preeminencia de las decisiones de los jueces sobre la Administración.

⁴¹ Artículo 24 de la Ley 1564 de 2012. Sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Lo anterior tiene sustento en el artículo 116 de la Constitución Nacional que en un aparte señala: “(...) *Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*” En Sentencia C-436 de 2013, Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo: “*Se encuentra constitucionalmente ordenado que la ley defina de manera precisa las atribuciones jurisdiccionales que se asignan a las autoridades administrativas y los órganos estatales que asumirán su ejercicio. En consecuencia, el mandato de precisión puede descomponerse en un mandato de precisión temática y en un mandato de precisión orgánica.*”

Por otro lado, la presente disquisición académica destaca la importancia de la desconcentración de la Administración de justicia mediante la organización de jurisdicciones jerarquizadas y autónomas. La desconcentración del poder constituye uno de los pilares fundamentales de la democracia; de allí la importancia de distribuir el poder judicial en jurisdicciones y competencias, pues, sin una justicia desconcentrada no es materialmente posible desarrollar el principio de separación de poderes.

Con el presente opúsculo se pretende demostrar que el proceso de desconcentración del poder judicial que se venía presentando, inclusive mucho antes de la Constitución de 1886,⁴² se ha centralizado con la adopción de las tutelas contra sentencia judicial, y ha dejado por fuera de su competencia, como juez unificador, al Consejo de Estado. Este hecho indica que no tenemos un juez especial en materia administrativa y que las sentencias de unificación no serán en su mayoría las adoptadas por dicha corporación, sino que serán las impuestas por la Corte Constitucional cuando unilateralmente se considere competente.

Objetivo general

El objetivo general del trabajo es demostrar que el Estado Colombiano se encuentra dentro del modelo judicialista para controlar la Administración, lo cual en nuestro criterio resulta democrático, toda vez, que se requiere según nuestra Constitución, de un poder imparcial, autónomo, independiente y desconcentrado para controlar la Administración.

Con la implementación de la Ley 1437 de 2011 se fortaleció la función judicial frente a la función administrativa, al reconocer el legislador la jurisprudencia de las Altas Cortes como fuente formal del derecho: al obligar a las autoridades administrativas a seguir no sólo la ley, sino también las sentencias de unificación de las altas cortes, se crea el mecanismo de extensión de jurisprudencia, y se amplían las facultades al juez para decretar medidas cautelares, que otorgan un control pleno sobre la administración al punto de consagrarse en toda actuación administrativa el deber de motivación por discrecional que sea el asunto.

⁴² <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt7.pdf>. 5 de diciembre 2013. MALAGÓN PINZÓN, Miguel. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. *“De tal suerte que podemos observar que el derecho administrativo colombiano contempla un control mixto de la actividad de la Administración pública, es decir, que no responde al modelo de control concentrado atribuido a un solo órgano, sino que, como queda visto, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema ejercen funciones en este sentido. Por lo tanto, el modelo colombiano no es un simple derivado del francés de juez único especializado, sino que tenemos una regulación por derecho público y otra por derecho privado en cabeza de entes diferentes.”* Consideramos que lo anterior es correcto; pero sin la influencia del derecho francés la bifurcación no se hubiese presentado.

Importa resaltar, que el Juez de lo contencioso administrativo puede interferir en la discrecionalidad de la Administración cuando ésta no resulta razonable o idónea para demostrar la vulneración de un derecho fundamental; pero si la implementación de la medida es tan razonable como otras, no puede el juez entrar a sustituirla al considerar que le parece mejor una que la adoptada por la Administración para alcanzar los fines estatales, porque en este sentido sí se configuraría una vulneración de la separación de poderes y una invasión de competencia de la función administrativa del órgano elegido democráticamente.

En este orden de ideas, el objetivo general es demostrar la importancia de la desconcentración judicial para controlar la Administración o la de intervención de la discrecionalidad administrativa del Consejo de Estado como máximo tribunal especializado para unificar la jurisprudencia aplicable para las autoridades administrativas en armonía con la teoría de la separación de poderes, toda vez que juzgar a la Administración también es administrar, esto es, que se administra juzgando y, por ende, no consideramos conveniente que la Corte Constitucional mediante el método del juicio, resulte en la misma corporación legislando y termine también administrando.

Finalmente, queremos demostrar que el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 vulnera el principio de desconcentración judicial y la autonomía de los jueces de inferior jerarquía para resolver los conflictos administrativos, toda vez que el Consejo de Estado no es el único juez llamado a controlar a la Administración.

Objetivos específicos

- 1) Establecer las fronteras conceptuales entre jurisdicción, administración y legislación. Analizar el poder de los jueces sobre la Administración, el activismo judicial en la desconcentración de poderes y las diferencias entre la legislación, la Administración y los jueces.
- 2) Identificar el principio de separación de poderes dentro del Estado democrático, y la importancia del poder judicial como su órgano de contrapeso. ¿Debe corresponder esta labor a una sola corte o debe corresponder a varias cortes?

- 3) Distinguir entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa, y la jurisdicción constitucional. Analizar la autonomía judicial en relación con el principio de la desconcentración del poder de administrar justicia.
- 4) Analizar la posición de los tribunales ordinarios y administrativos frente la acción de tutela contra providencia judicial.
- 5) Criticar la ampliación de competencia del poder concentrado de constitucionalidad en abstracto de las leyes, al examen de constitucionalidad de la jurisprudencia inter-partes de las Altas Cortes.
- 6) Recurrir al derecho comparado para identificar el control judicial de la Administración en los sistemas de la *Common Law*, y en el funcionamiento administrativo norteamericano y en el del Reino Unido. Analizar el precedente judicial en los sistemas del “*civil Law* y de la *common Law*”.
- 7) Analizar la posible ausencia de seguridad jurídica debido a la existencia de diversos tribunales de cierre y su eventual solución debido a la presencia de la nueva institución de la Extensión y Unificación de Jurisprudencia consagrada en la Ley 1437 de 2011.
- 8) Analizar la forma como los jueces, a través de sus decisiones, sean o no de unificación, reducen la discrecionalidad de la Administración mediante el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Para ello se estudian países donde hay una mayor o menor injerencia de los jueces sobre la Administración, o países donde la Administración tiene una alta autonomía, como el sistema anglosajón.
- 9) Destacar la importancia de la desconcentración de la Administración de justicia tanto horizontal como vertical, y, deducir la inconstitucionalidad parcial del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.
- 10) Deducir la injerencia del juez contencioso en la Administración a través de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

Estado del arte

Castillo Alva, señala: “*La expresión tan feliz: no hay derecho sin juez, posee un innegable valor constitucional y cultural en la medida que repara que la interpretación y aplicación que realiza el juez se concreta el derecho en cada caso. Las resoluciones de los jueces siempre que sean adecuadas,*

coherentes y mantengan una línea especial se convierten en jurisprudencia. En ese sentido, la jurisprudencia y los fallos de los jueces permiten que el derecho se revele y actúe en la sociedad modelando sus instituciones y resolviendo las controversias jurídicas."⁴³

Merkel sostiene: "La justicia al realizar el ordenamiento jurídico, sirve a los intereses públicos, y la realización de los intereses públicos por parte de la Administración, no excluye que ello se lleve a cabo por el ordenamiento jurídico. La realidad auténtica es que ambas están destinadas a realizar, cada una de una manera inmediata, una fracción del ordenamiento jurídico, a saber, aquella, que, por esta razón, se llama en un caso derecho judicial y en otro Derecho administrativo, y que de esa forma sirve de una manera mediata a los intereses públicos."⁴⁴

El professor Jolowicz afirma: "Fortunately for English law, very soon after its introduction, it was recognised that the dichotomy is alien to English law, and now, after little more than 20 years, its impact has been greatly reduced. It may even be that it is already close to elimination. In some other countries such as France, where the dichotomy rest upon a fundamental dogma of the revolution of 1789, it will be much more difficult to remove it from the administration of justice, **but, as suggested here, the idea, however deeply entrenched, that litigation involving public authorities calls for different procedures, or even different jurisdiction, is ripe for fundamental reconsideration.**"⁴⁵ (Negrilla fuera de texto).

Acota al profesor Jaime Rodríguez que el paso del tiempo modula el criterio rígido anglosajón. "En efecto el Reino Unido desde 1834 se comienza a atribuir numerosos poderes a la Administración Pública a través de la denominada legislación delegada, que introduce realmente la potestad reglamentaria."⁴⁶ Y por otra parte, la legislación económica y social va abriendo camino, también en el modelo anglosajón, **a numerosos tribunales administrativos.**"⁴⁷

Morand Deviller Jacqueline, en su Curso de Derecho Administrativo, sostiene: "El sistema francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes

⁴³ CASTILLO ALVA, José Luis. El precedente judicial y el precedente constitucional, Ed. Ara Ediciones, Perú, 2008. p. 13

⁴⁴ MERKEL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo, Ed. Comares, Granada, 2004. pp. 11-29.

⁴⁵ JOLOWICZ, J.A. Administrative procedure in english law *In* El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan r Brewer, Ed. Civitas, Bogotá, 2003. p. 2423.

⁴⁶ Sin embargo, se debe tomar con beneficio de inventario la expresión potestad reglamentaria, ya que el principio de legalidad en Inglaterra difiere de la concepción continental, como se demuestra en las líneas de la presente tesis.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 82.

de jurisdicciones: jurisdicción ordinaria encargada de aplicar el derecho privado y jurisdicción administrativa relativa a un derecho diferente del derecho común y de origen esencialmente pretoriano: el derecho administrativo. El modelo francés se caracteriza por tres aspectos: La existencia de una jurisdicción especializada en el contencioso administrativo; la vinculación orgánica de esta jurisdicción al ejecutivo y no al orden judicial; la dualidad de sus atribuciones a la vez contenciosas y consultivas, legado de la historia constituye su principal singularidad.”⁴⁸

Palacio Hincapié afirma: *“otro argumento en contra de la jurisdicción es la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado o la privatización del derecho administrativo. Consiste en que las relaciones modernas, especialmente desarrolladas a finales del siglo XX y que regirán el siglo XXI, el Estado se comporta como un particular. Ya el Estado deja de ser un gendarme del Estado liberal para dar paso a un Estado garantista de la prestación de los servicios, que se convence de que su papel debe ser dejar a los particulares que entren a prestar los servicios que él prestaba, pero bajo la dirección y control del Estado.”⁴⁹*

Gonzales Pérez en su obra Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa afirma: *“Tradicionalmente, este sistema de dualidad de Jurisdicciones para juzgar a la Administración pública, se ha opuesto a aquellos otros en los que la Administración estaba sometida al mismo derecho y era juzgada por los mismos tribunales que los demás sujetos de derecho. Pero es lo cierto que la atribución a un solo orden de instituciones del conocimiento de todos los conflictos de derecho no ha sido realizada en ninguna parte. En todos los países, en que es parte la Administración que están sometidos a normas especiales y que se dirimen por tribunales que no son los comunes; mientras que otros asuntos están sujetos al derecho común y se decide por la jurisdicción ordinaria. Podrá variar el ámbito de unos y otros. Pero lo que es incuestionable es la existencia de ambos tipos de actuación. Por eso, no puede decirse que la dualidad de jurisdicciones sea propia de determinados sistemas. Se da, también, en los sistemas calificados de unidad de jurisdicción.”⁵⁰*

Velasco Caballero en su libro Derecho público más derecho privado menciona en cuanto a la tutela judicial efectiva: *“La ley puede, en cada ámbito sectorial, conceder más o menos protagonismo a la Administración o*

⁴⁸ MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, curso temas de reflexión, comentarios y análisis de fallo, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, primera edición en español 2010. P. 17.

⁴⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Evolución y perspectivas de la jurisdicción de lo contencioso – administrativa en Colombia, Ed. Librería jurídica Sánchez, Medellín, 2006. pp. 197.

⁵⁰ GONZALES PÉREZ, Jesús. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, (Ley 29/1998, de 13 de Julio), Ed. Civitas, Tercera edición, Madrid, 1998. p. 90.

*los jueces como organizaciones para el cumplimiento del derecho. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE) no impide esa opción, pues este derecho fundamental asegura la defensa de los derechos e intereses legítimos mediante el poder judicial definido en el art. 117 CE.*⁵¹

Garzón Valdés sostiene que los jueces son inspectores de calidad y reafirma: *“Este inspector de calidad mantiene, por definición, una relación asimétrica con respecto a los órganos ejecutivos y legislativos: son estos últimos los que son responsables frente aquel. Como los tribunales supremos tienen el poder de la última palabra, se encuentran por así decirlo, liberados de dar cuenta de sus decisiones. Pero esta situación de irresponsabilidad no es lo decisivo. Lo importante es que sean confiables en el sentido de que adoptan buenas decisiones desde el punto de vista democrático- constitucional. La confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía.”*⁵²

El profesor Gargarella es reticente a la alta intromisión judicial, en especial en cuanto a las políticas adoptadas por el legislativo, y nos ha puesto un reto en cuanto a sus inquietudes realmente valiosas, sobre la legitimidad de la injerencia del poder judicial sobre el poder legislativo. Así expresó: *“Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, diciendo cómo se regula el aborto, decidiendo si está bien o mal consumir estupefacientes, decidiendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales y cómo no, etc.). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la última palabra en materia constitucional, cuando sabemos, particularmente en Latinoamérica, lo permeable que es la magistratura a los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable el buen ejercicio judicial siga del azar de contar con buenos jueces. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que como tantas veces, prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones.”*⁵³

Arguye García Pelayo: *“tampoco en este caso, la realidad jurídica inglesa se corresponda con la proposición de Dicey. Pues en primer lugar, ciertas entidades gozan de privilegios e inmunidades con respecto al derecho ordinario, y, en*

⁵¹ VELASCO CABALLERO, Francisco. Derecho público más derecho privado, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014. p. 122.

⁵² GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. In La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. p.131.

⁵³ GARGARELLA Roberto. La justicia frente al Gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial; Ed. Ariel, Barcelona, 1996.p. 58.

segundo lugar, una serie de decisiones judiciales que afectan a los derechos privados competen, no a un tribunal ordinario de justicia, sino a cuasitribunales y autoridades administrativas”⁵⁴

Considera Pochard que la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa “*deriva directamente de la idea de la res pública, es decir, de un interés público distinto de los intereses privados, y de la necesidad de hacer prevalecer este interés público gracias a las prerrogativas del poder público confiadas a las autoridades públicas, lo que justifica en último término un procedimiento contencioso especializado.*”⁵⁵

Para García de Enterría, un principio cardinal del constitucionalismo americano es que aquellos que están limitados por el derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: “*las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente.*”⁵⁶

Cassagne señala que “*de otra parte, hay que advertir que los jueces también ejercen, en buena medida, poderes discrecionales, cualquiera fuera la versión (rígida o flexible) de la división de poderes que, en cada país, haya adoptado el respectivo sistema constitucional. Y aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos.*”⁵⁷

El profesor español Picó I Junoy señala: “*A pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de ley o de doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que – como apuntamos con anterioridad – la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no*

⁵⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado, Séptima edición, Ed. Manuales de la revista de occidente, Madrid, 1964. p 281.

⁵⁵ POCHARD, Marcel. La evolución de lo contencioso administrativo en el mundo *In* Memorias-Seminario Franco- Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado francés, Bogotá, 2008. p. 33.

⁵⁶ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. Democracia jueces y control de la administración, Ed. Civitas, Quinta edición, Madrid, 2000. pp. 182-194.

⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El sistema judicial y la llamada judicialización de la actividad de la Administración, Revista española de derecho administrativo, núm. 133, Madrid, 2007, p 175.

podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simplemente apariencia de la misma. En consecuencia, el artículo 24.1 C.E. no ampara la mayor o menor corrección de la resolución judicial en la interpretación de la legalidad, sino la prohibición de toda arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la misma. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva se define como derecho a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él un derecho al acierto de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la legalidad.”⁵⁸

Marco teórico

Tomamos como premisa que el juez es un controlador de la legalidad, mas no de la eficacia de los actos administrativos, no obstante, debe advertirse, que el control judicial adquiere relevancia en el marco constitucional colombiano, en cuanto el fin no justifica los medios, y es por esta razón que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad adquieren relevancia para el control de la Administración al margen de su eficacia.

La tesis que expongo se fundamenta en la Constitución Política de Colombia, especialmente en lo relacionado con la separación de poderes clásicos del Estado y en lo relacionado con el funcionamiento de la administración de justicia. Pues la mira central de esta tesis consiste en examinar la autonomía e independencia de los jueces de lo contencioso administrativo para controlar el poder ejecutivo, así como su influencia en la Administración, más aún con la nueva institución de la extensión y unificación de jurisprudencia consagrada en art. 102 de la Ley 1437 de 2011. Por tal razón se trae a colación el desarrollo normativo de esta área, desde la Constitución de 1886 con sus respectivos Actos legislativos, tales como el de 1910 y 1914, entre otros, hasta llegar el estudio de la Constitución de 1991 en dicha área. En este sentido, se enfatizan las leyes que permiten el surgimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia. Así mismo, se enfoca especialmente la importancia del principio desconcentración de la Administración de justicia y su valioso aporte para la real separación de poderes, así como su diferenciación con la delegación que regula por excelencia el funcionamiento del poder ejecutivo.

Igualmente, esta tesis se soporta sobre la teoría de la importancia de un régimen especial para la función administrativa del Estado, con la finalidad de satisfacer los intereses generales, sin desconocer un régimen excepcional del derecho privado o común cuando sea conveniente asumir la consensualidad para alcanzar una

⁵⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso, Ed. Bosch, segunda edición Barcelona, 2012. pp.81-82.

finalidad pública específica. Por lo que esta tesis se resiste a la teoría de “*la huida del derecho administrativo al derecho privado*” y se defiende la idea de un juez especializado para controlar el poder de una de las ramas del Estado. En este sentido, se examina como opera la justicia administrativa cuando hace uso del mandato y la discrecionalidad, y por otro lado, cuando hace uso de los consensos que rige el derecho privado. Es de igual relevancia, y por tratarse de un estudio de derecho comparado, hacer alusión a la normatividad constitucional y legal en esta temática democrática de la separación y control del poder, tanto en el sistema continental europeo, como en el sistema del *common law*. Por eso, se expone el desarrollo normativo del control sobre la Administración, trayéndose a colación las teorías que acogen una influencia activa o pasiva por parte de los jueces en la Administración; se trata de, modelos administrativistas y modelos judicialistas, los primeros caracterizados por adoptar la teoría de la deferencia, y los segundos, por adoptar una teoría intervencionista.

Por tratarse de una temática en la cual se resalta la importancia de un juez autónomo para unificar y extender la jurisprudencia, ineludiblemente importa abordar la problemática de la tutela contra providencias judiciales ante las Altas Cortes, dado que, como se quiere hacer ver, resulta importante contar con un juez especializado capaz de definir el alcance constitucional de las decisiones administrativas, por lo cual al cuerpo del trabajo se allegan las diversas sentencias de constitucionalidad sobre el asunto, la normatividad vigente en Colombia e igualmente se examinan los pronunciamientos de otros regímenes para observar las teorías adoptadas para enfrentar esta dificultad que envuelve temas relevantes como la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y la desconcentración del poder.

PARTE I. EL SURGIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL A LA ADMINISTRACIÓN

La actividad de la Administración pública es susceptible de control jurisdiccional como consecuencia directa de la tutela judicial efectiva. Lo anterior tiene una lectura histórica porque implica el examen del desarrollo o la lucha contra la inmunidad del poder. El posicionamiento judicial sobre la Administración no es para nada repentino, así el profesor Gutiérrez dice: *“circunscribiéndonos aquí a la garantía judicial, lo primero que debe afirmarse es que no ha sido una realidad universal ni permanente, sino que, por el contrario, su establecimiento, frente al mundo del privilegio del Ancien Régime, es el fruto de una dilatada evolución histórica, vinculada al proceso de construcción del Estado Liberal.”* Sin lugar a dudas, en este marco conceptual el problema histórico radicó en conciliar, de un lado, la afirmación de un mecanismo de control que asegura eficazmente el sometimiento de la Administración al derecho y, de otro, la configuración de los poderes públicos derivada del principio de división de poderes, que en la interpretación inicial del mismo, operada por los revolucionarios franceses, lo configuraron con la separación de los tres poderes, de tal modo que ninguno podía inmiscuirse en la actuación de los demás. Dicha interpretación, unida a un velado recelo hacia el poder judicial, ya patente en la propia construcción de Montesquieu, determinaba que difícilmente pudiera someterse la actividad administrativa, incardinada en el poder ejecutivo, a los tribunales, en tanto se entendía, como sintetiza Sieyès: *“juzgar la Administración sigue siendo administrar,”* por lo que el juez en aquella época no debía intervenir en los asuntos administrativos.⁵⁹

Hoy es claro que en el sistema de la *civil law*, la función interpretativa de la ley se trasladó del Congreso⁶⁰ a las cortes, pues se abandonó la vieja idea de Montesquieu de considerar a los jueces ordinarios como la mera boca de la ley,⁶¹ dejando a un lado el método exegético y autorizando a un órgano políticamente no representativo para que asumiera la tarea interpretativa. En Francia se creó el Tribunal de Casación,⁶² órgano que tenía como función principal anular las sentencias que no se adecuaban a la voluntad del legislador, siendo este tribunal en un inicio tan solo un apéndice del parlamento, ya que tenía la

⁵⁹ ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso. Derecho administrativo, tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 2011. pp. 107-124.

⁶⁰ Título II, art. 12, de la Ley 16-24 de agosto de 1790. *“Los jueces debían de dirigirse al legislador cuando consideraban necesario la interpretación de una ley, mecanismo llamado référé législatif, el parlamento clarificaba el significado de la norma y proporcionaría a los jueces la denominada interpretación auténtica.”*

⁶¹ MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes, Madrid, Ed. Ediciones Istmo, 2002. p. 253.

⁶² Decreto de 27 de noviembre 1 de Diciembre de 1970.

obligación de informarle todas sus decisiones;⁶³ el poder legislativo predominaba sobre el poder judicial.⁶⁴ Sin embargo, la idea de la *consulta ante el parlamento* fue pronto abandonada ante la imposibilidad práctica utilizar ese método en 1804 por la promulgación del Código Civil napoleónico. A partir de entonces, al suprimirse el *référé législatif*, los jueces debieron responder por sí mismos a los problemas interpretativos que suscitan las leyes, transformándose así ellos, en un moderno tribunal⁶⁵ autónomo del poder político representativo.

La separación de poderes en el Estado liberal francés respondía a la desconfianza de los revolucionarios hacia los jueces, negándoles el poder de fiscalizar las acciones del ejecutivo y del legislativo.⁶⁶ Así se estableció: *Las funciones judiciales son distintas y permanecerán separadas a las funciones administrativas*. De allí la frase de que *juzgar a la Administración aun es administrar* y que por tanto se *consideraría delito que los jueces interfirieran de cualquier manera en la actividad administrativa*.⁶⁷

Fue tanta la desconfianza de la burguesía contra los jueces del antiguo régimen, por haberse propuesto éstos últimos a las decisiones administrativas que la favorecían, que solo les permitieron aplicar el derecho ordinario conforme con lo que interpretara el legislador, es decir, que ni siquiera les dejaron aplicar el derecho administrativo, dado que para este tipo de controversias, crearon unos consejeros especiales propios del rey, conformándose así la Administración – juez, como justicia retenida. De lo anterior, se evidencia claramente que pese mencionarse en la Revolución Francesa la necesidad de un Estado de Derecho, esto es, de someter el poder al derecho, lo cierto fue que en un principio la Administración y la legislación no estuvieron sometidas a ningún tipo de control, puesto que el juez era solo un conducto pasivo, un poder que no debía entrometerse, y los consejeros tan solo podían asesorar al rey, siendo el mismo órgano decisorio, el corrector de sus propios actos.

⁶³ VECINA CIFUENTES, Javier. La casación penal, el modelo español, práctica jurídica, Ed. Tecno, Madrid, 1996. pp. 25-26.

⁶⁴ VÁZQUEZ SOLETO. La casación civil (revisión crítica), Ed. Tecno, Barcelona, 1979. pp. 3-4.

⁶⁵ FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad. Op. Cit., p. 45.

⁶⁶ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo, ensayo de derecho público comparado, Ed. Institución Universidad Sergio Arboleda, primera edición, Santa fe de Bogotá, 1994. P 2. “Una de las más tenaces luchas entre los Estados Generales, la monarquía y la Asamblea de los Nobles, por una parte y los jueces por otra, se venía librando en Francia medieval y renacentista: la ley solo era aplicable mediante una especie de sanción judicial, consistente en el “registro” de su texto por los parlamentos(que consistían en cortes o tribunales de justicia, por lo cual este nombre aquí carece de su usual significación parlamentaria o legislativa), requisito sin el cual el reglamento real carecía de toda validez, es decir, era nulo, o por lo menos ineficaz.”

⁶⁷ Título II, art 13, de la Ley de 16-24 de agosto de 1970. “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a os funcionarios de la Administración por razón de sus funciones.”

El poder judicial volvió a posicionarse gradualmente, a medida que el régimen de la nobleza se debilitaba más en el sistema social y económico. En 1804 se atribuyó facultades autónomas interpretativas a los jueces del Tribunal de Casación y solo con la Ley del 24 de mayo de 1872 se reconoció al Consejo de Estado su carácter de jurisdicción especializada, abandonándose el concepto de justicia retenida, para abrir paso a la época de una justicia delegada.⁶⁸ En 1873 surge el Fallo Blanco: *“Denominado de esta manera porque fue la resolución a una demanda instaurada por el señor Juan Blanco, que reclamaba una indemnización por parte del Estado a causa de que unos funcionarios suyos que por imprudencia habían permitido que una vagoneta rodara causándole la amputación de uno de los miembros inferiores a su menor hija Agnés Blanco. Este fue expedido por el tribunal de conflictos, que tenía la función de dirimir los conflictos de competencia entre el Consejo de Estado y la jurisdicción ordinaria. En ese fallo, el tribunal de conflictos pone de presente que se necesitan normas especiales para fallar esos casos donde se presentan controversias entre el Estado y los particulares por perjuicios que surgen como consecuencia de la función estatal.”*⁶⁹

El legislador del viejo continente no escapó del control judicial gracias a la fuerza normativa que adquirió la Constitución.⁷⁰ Para 1920, el filósofo del derecho Hans Kelsen fue muy influyente en la constitución del Tribunal Constitucional austriaco. Después de la Segunda Guerra Mundial, para 1958, Francia también adoptó una nueva Constitución, cuya protección frente a las leyes se encomendó a un Tribunal Constitucional Especial.⁷¹

Conforme a lo expuesto por la profesora Morand Deviller: *“El sistema francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes de jurisdicciones: jurisdicción ordinaria encargada de aplicar el Derecho privado y jurisdicción administrativa relativa a un derecho diferente del derecho común y de origen esencialmente pretoriano: el Derecho administrativo. El modelo francés se caracteriza por tres aspectos: La existencia de una jurisdicción especializada en el contencioso administrativo; la vinculación orgánica de esta jurisdicción al ejecutivo y no al orden judicial; la dualidad de sus atribuciones a la vez*

⁶⁸ VÉLEZ GARCIA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo, ensayo de derecho público comparado. Óp. Cit., p. 14.

⁶⁹ <http://www.argumentando.com/files/pdf/regimen-de-responsabilidad-estatal.pdf>. 6 de diciembre 2013.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo. La Constitución como norma y el tribunal constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985. p. 55.

⁷¹ FERRERES COMELLAR, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Óp. cit., p. 26.

*contenciosas y consultivas, legado de la historia constituye su principal singularidad.*⁷²

La estructura de esta jurisdicción especializada en Francia la introduce el profesor Vázquez Alfaro de la siguiente forma:

“Creación de los tribunales administrativos (año 1953):

*En esta época era tan elevado el volumen de asuntos llevados ante el Consejo de Estado, que impedía que las resoluciones emitidas sobre los mismos fueran prontas y oportunas. El decreto de 30 de septiembre de 1953 reestructuró la organización de la jurisdicción administrativa francesa, al reemplazar a los consejos de prefectura, jueces de atribución, por tribunales administrativos de primera instancia, como jueces de derecho común en materia administrativa. El Consejo se convirtió en juez de apelación y de instancia respecto de los fallos de los recién creados tribunales. El Consejo conservó una jurisdicción en primera y última instancia en aquellas materias fijadas por la ley. Si bien la reforma que se comenta transfirió parte de la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, no se afectaron ni la organización ni las funciones del Consejo de Estado como consejero del Gobierno francés.*⁷³

El renombrado doctrinante se refiere igualmente a la creación de las cortes administrativas de apelación (1987-1988), del siguiente modo:

“La reforma introducida por la ley 87-1127 de enero de 1987, que entró en vigor el primero de enero de 1988 fue calificada como la más audaz desde 1953, ya que reestructuró la jurisdicción administrativa francesa en el aspecto funcional y, además introdujo disposiciones procesales consideradas "originales". La reforma en cuestión persigue la adecuación de la estructura de los tribunales administrativos franceses a la evolución cuantitativa del proceso administrativo. Esta reforma es calificada de "estructural" debido a que crea nuevos órganos de jurisdicción administrativa: las cortes administrativas de apelación son competentes para decidir en última instancia una gran parte de juicios en materia administrativa. El rezago de asuntos en el Consejo de Estado fue combatido por dos vías: la primera de ellas se refiere a la búsqueda de dar eficiencia a los procedimientos de tramitación de los

⁷² MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de derecho administrativo, curso temas de reflexión, comentarios y análisis de fallo, Ed. Universidad Externado de Colombia, primera edición en español, Bogotá, 2010. p. 17.

⁷³ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis. El control de la Administración pública en México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996. p. 167.

*expedientes (mediante su informatización), que se tradujo en un importante incremento en el número de ellos emitidos desde 1977. La segunda vía consistió en la modificación de las estructuras orgánicas de la jurisdicción administrativa. El elemento central de la citada reforma lo constituyeron las cortes administrativas de apelación, interregionales, que, en número de cinco, absorbieron la competencia que como juez de apelación, poseía el Consejo de Estado. Se podría decir que la reforma de la Ley 87-1127 aproxima la estructura de la jurisdicción administrativa francesa a la organización típica de las jurisdicciones judiciales y concretamente, a la de las Jurisdicciones administrativas especializadas europeas.*⁷⁴

El Consejo de Estado conserva una función más amplia que la de simple juez de apelación. Es juzgador de única instancia para aquellos asuntos de importancia nacional. Además, es juez de apelación para una serie de asuntos no susceptibles de ser colocados en un doble grado de apelación. Es juez de casación respecto de los tribunales administrativos especiales y de las cortes administrativas de apelación, siguiendo en el aspecto procedimental las reglas clásicas de la casación. Existe la posibilidad de obtener una sentencia definitiva del Supremo Tribunal Administrativo al permitirse a los tribunales de primera instancia y a las cortes administrativas de apelación, someter a la sección de lo contencioso del Consejo de Estado la resolución de aquellos asuntos que contengan una cuestión de derecho novedosa y de difícil solución, de la cual dependa la decisión de un gran número de asuntos. Esta medida refuerza el vínculo entre los elementos integrantes de la jurisdicción administrativa francesa.

En el marco general de la reforma que comentamos, existen medidas que permiten al Consejo de Estado nombrar un consejero de Estado ante las cortes administrativas de apelación, con el objeto de lograr la coordinación y la supervisión de la actividad de las mismas.

Este sistema ha sido adoptado por una serie de países que cuentan con una institución similar al Consejo de Estado francés. No obstante, el modelo francés *puro* en el que un mismo órgano realiza una actividad de juez de lo contencioso y al mismo tiempo ejerce atribuciones de tipo consultivo, es seguido por un número más reducido de estados. Los países en los que el Consejo de Estado, o su institución equivalente, tiene doble competencia, como en Francia, son: en Europa Occidental, Bélgica, Luxemburgo Holanda, Italia, Grecia y Turquía; Egipto y Líbano; en América Latina, el país que más se acerca a este modelo es Colombia.⁷⁵

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 168.

⁷⁵ *Ibidem.*, p. 171.

En Alemania existe una jurisdicción administrativa especializada y separada de las jurisdicciones ordinarias que, sin embargo, no cuenta con funciones de carácter consultivo. En opinión del profesor Michel Fromont, el arquetipo alemán constituye la síntesis entre los sistemas francés e inglés: del segundo toma la unidad del poder judicial, mientras que del primero toma el ejemplo de la especialización de los jueces en materia administrativa.

El origen del sistema alemán se sitúa en la ciudad de Badén en la segunda mitad del siglo XIX: una Ley del 15 de octubre de 1863 creó una Suprema Corte Administrativa. Este ejemplo fue imitado por Prusia con la creación, en 1875, de un Tribunal Superior Administrativo acompañado por un conjunto de tribunales administrativos. La tendencia la continuaron Wurtemberg en 1876 y Baviera en 1878. Ya en el presente siglo, la Constitución de Weimar había previsto la creación de una Suprema Corte Administrativa. Aunque se presentaron varios proyectos de ley, esta jurisdicción nunca fue instituida. La Ley fundamental de 1949 creó un poder judicial unitario, con jurisdicciones especializadas entre las cuales existe una jurisdicción administrativa; ésta última fue creada por una ley del 13 de septiembre de 1952. Finalmente, otra ley del 2 de enero de 1960 codificó y reorganizó el procedimiento que se sigue ante las jurisdicciones administrativas.⁷⁶

En México,⁷⁷ el sistema de jurisdicción administrativa posee una naturaleza híbrida. Es un sistema judicial parecido al sistema norteamericano, con algunas implantaciones del modelo francés de tribunales administrativos. El control de los actos de las autoridades administrativas compete, en última instancia, a los tribunales judiciales.

La primera advertencia respecto del conjunto de tribunales competentes en materia administrativa que existen en México deriva del carácter federal del Estado mexicano. En razón de este rasgo, existe una doble división de competencias: entre los tribunales federales y los locales, por una parte; y por otra parte, repartición de competencias entre los dos órdenes de jurisdicción (judicial u ordinaria, y administrativa) sea en la esfera federal o en la local. En cuanto a la división de competencias entre lo federal y lo local. En cuanto a la división de competencias federal o nacional corresponde, por una parte, al Tribunal Fiscal de la Federación (TFF); por otra, los tribunales del Poder Judicial Federal son competentes para juzgar al contencioso sobre los actos administrativos que escapan a la jurisdicción del tribunal fiscal. Posteriormente encontramos que en algunos estados de la federación mexicana existen tribunales administrativos, dándose una repartición de competencias entre estos tribunales especializados y los tribunales ordinarios.

⁷⁶ Ibídem., p. 172.

⁷⁷ Ibídem., p. 220.

De otro lado, en principio, existe en México una repartición de competencias entre los tribunales administrativos (federales y locales) y los tribunales que forman parte del poder judicial federal. Sin embargo, siempre subsiste la posibilidad de que las decisiones emitidas por los tribunales administrativos sean sometidas al control de los Tribunales Judiciales de Amparo. De este modo, los tribunales judiciales intervienen en la esfera administrativa para garantizar el respeto de los derechos de los administrados en dos hipótesis:

- a) En casos respecto de los cuales no son competentes los tribunales administrativos;
- b) Los tribunales judiciales federales conocen en última instancia, vía del juicio de amparo, de los recursos en revisión (casación) presentados contra las sentencias definitivas de los tribunales administrativos (federales y locales).

La casación en materia administrativa denominada amparo directo, tramitada en el tribunal administrativo (sea federal o local), se coloca en la situación de un tribunal de primera instancia y sus sentencias son susceptibles de ser atacadas por vía de amparo ante los tribunales del poder judicial de la federación. Este tipo de amparo se puede utilizarse para atacar tanto los errores *in procedendo* (las violaciones a las reglas del procedimiento), como los errores *in iudicando* (los errores de juicio cometidos en la sentencia).

Como se puede observar, el Consejo de Estado se ha conformado paulatinamente y ha sido adoptado por ciertos países; y si bien en un inicio esta Corporación surge a raíz de un recelo al control judicial, finalmente la Administración reconoce su carácter judicial, y aunque surge la jurisdicción contenciosa administrativa por razones sociopolíticas, más que por razones propiamente jurídicas, muchos países adoptaron el modelo del juez especializado por razones del principio de la desconcentración del poder y por la necesidad de jueces especializados en dicha área.

En España la primera regulación del contencioso-administrativo tuvo lugar mediante las leyes del 2 de abril y 6 de julio de 1845 que instauran un sistema de revisión por órganos administrativos- Consejo Real y Consejos Provinciales- de inspiración claramente francesa que únicamente podían conocer de una lista cerrada de asuntos; hasta el 13 de septiembre de 1888 se aprobó la denominada Ley de Santamaría de Paredes que implantó un órgano judicial-administrativo, en cuya cúspide se situaba un Tribunal Contencioso Administrativo dependiente del Consejo de Estado. La posterior Ley del 5 de abril de 1904 transformó el modelo creando una Sala de lo Contencioso Administrativo en el Tribunal Supremo.⁷⁸

En Italia, por ejemplo la función jurisdiccional es desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial

⁷⁸ GAMERO CASADO, Eduardo. Manual Básico de Derecho Administrativo, Ed. Tecnos, Madrid, 2012. p. 544.

y el Consejo de Estado y los demás órganos de la justicia administrativa tienen jurisdicción para la protección frente a la Administración Pública. En Bélgica también se aplica el sistema mixto.⁷⁹

En Argentina, Roberto Dromi señala que la revisión administrativa se confía a un órgano imparcial e independiente, esto es, al poder judicial, sin presentarse la anterior bifurcación. De conformidad con el articulado de la Constitución Argentina los poderes judiciales son indelegables. Sin embargo, el proceso administrativo federal es de origen legal, pues la Constitución Nacional no contiene norma expresa sobre la materia; en cambio el proceso administrativo provincial, en general, es de origen constitucional. En Argentina los órganos competentes en materia administrativa son los juzgados federales con una segunda instancia ante las cámaras del fuero del contencioso administrativo.⁸⁰

De lo expuesto se concluyen dos cosas:

La primera, que la responsabilidad extracontractual del Estado es competencia de la jurisdicción especializada, situación que se presentó u originó cuando hicimos alusión al Fallo Blanco, lo cual demuestra que el Consejo de Estado no se limitó al control de los propios actos administrativos mediante la justicia delegada, sino que trascendió inclusive a asuntos extracontractuales.

La segunda, que dicha desconcentración o dualidad de jurisdicciones tiene una justificación claramente democrática y no únicamente se circunscribe a un problema político surgido en Francia, pues esa jurisdicción especializada hace grandes aportes a la separación de poderes.

CAPÍTULO 1. EL ORIGEN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Podríamos decir que finalizada la etapa de la federación y comenzando la centralización territorial colombiana,⁸¹ empieza la bifurcación de las jurisdicciones, la que tiene origen con la expedición de la Constitución de la Regeneración en 1886, redactada por Miguel Antonio Caro y promulgada por Rafael Núñez.

⁷⁹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, 10° edición, Buenos Aires, 2004. p. 1235.

⁸⁰ Ibídem., p. 1234.

⁸¹ Frente a la fuente legal, partimos del Código Judicial colombiano, el cual fue adoptado inicialmente por la ley 57 de 1887 y elaborado por la Ley 174 de 1888, la cual reemplazó el libro primero del Código de Justicia de los Estados Unidos de Colombia.

Constitución modificada en las reformas de 1910, 1936, 1945, 1957, 1968 y 1979, sólo a partir los actos legislativos sustanciales.⁸²

Lo cierto es que la Constitución de 1886 revivió el Consejo de Estado ya propuesto por Simón Bolívar. Sin embargo, la jurisdicción contencioso administrativa sólo empieza a establecerse en el año de 1910,⁸³ cuando, a través del Acto Legislativo 3, se contempló en el artículo 42 que *“la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa,”*⁸⁴ para luego hacerla efectiva a través de la Ley 130 de 1913, en la que se establecieron el Tribunal Superior Administrativo y los tribunales seccionales administrativos. Posteriormente, con el Acto Legislativo No. 1 de 1914 y la Ley 60 de 1914, el Consejo de Estado fue restablecido, remplazando al Tribunal Superior Administrativo, creado por la Ley 130 de 1913, suprimido por el General Rafael Reyes a través del Acto Legislativo 10 de 1905 en el artículo 1; el Consejo de Estado, nuevamente vigente, se dividió en dos salas, la de Negocios Generales y la de lo Contencioso Administrativo.⁸⁵

El artículo 1º de la Ley 130 de 1913 organizó la jurisdicción contencioso administrativa (86) con el objeto primordial de revisar los actos de las corporaciones o de los funcionarios en ejercicio de sus funciones, o con el pretexto de ejercer a petición de cualquier persona que se crea vulnerada en sus derechos. *“Sin embargo, quedaban por fuera de su órbita las controversias relativas a los contratos de la Administración y el contencioso por responsabilidad del Estado, asuntos propios de la jurisdicción ordinaria; pues la Corte Suprema mantenía una cláusula general de competencia que la habilitaba para conocer de los negocios contenciosos en que fuera parte la Nación o constituyeran litigio entre dos o más departamentos.”* 87

El anterior párrafo transcrito se sustenta en el Código Judicial colombiano que señalaba como atribuciones de la Corte Suprema, en única instancia, en su artículo 21 numeral 10: *“De las controversias que se susciten sobre los contratos o convenios que el poder ejecutivo nacional haya celebrado con los extinguidos*

⁸² ROZO ACUÑA, Eduardo. Sistema constitucional colombiano. Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá, 1982. p. 49.

⁸³ ROZO ACUÑA, Eduardo, MALDONADO CALA Fernando, ANZOLA GIL, Marcela. La Constitución de 1886 en el Derecho Comparado. Ediciones de Librerías de profesores, Bogotá, 1987. pp. 34-35. *“La constitución de 1886 contemplo al Consejo de Estado como parte del ejecutivo y como eventual juez administrativo supremo si así lo establecía la ley, para conocer de los asuntos contenciosos en única instancia o en grado de apelación.”*

⁸⁴ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt7.pdf> 5 de diciembre 2013. p. 10 MALAGÓN PINZÓN, Manuel. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. Inclusive, funciones jurisdiccionales anteriores a 1910 fueron atribuibles al Consejo de Estado así: *A partir de 1896, diversas normas legales comenzaron a atribuirle funciones jurídicas al Consejo de Estado. La primera de ellas fue la Ley 163, texto que nació con el propósito de reparar ágilmente los daños patrimoniales que se habían ocasionado durante la guerra civil de 1895.”* p. 10

⁸⁵ RIVADENEIRA V, Antonio José. Conferencias de Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Ed, Universidad Externado de Colombia Segundo, Bogotá D.C., 1961. p. 136.

Estados y con los particulares o celebre con éstos o con los Departamentos, cualesquiera que hayan sido las denominaciones anteriores de este país y su forma de Gobierno, desde el establecimiento de la República de Nueva Granada, y siempre que el contrato o convenio no establezca que dichas controversias deban decidirse de un modo extrajudicial.” Esta disposición normativa concuerda con la Ley 130 de 1913, artículo 18 literal i), “Conocería el Tribunal Superior Administrativo: *De los recursos contencioso administrativo contra las resoluciones de los ministros, con excepción de los que se originen en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra últimas providencias solo pueden ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria.”*

La Corte Suprema de Justicia tenía competencia, según el Código Judicial, artículo 21 numeral 11: “*De las cuestiones que se susciten entre dos o más Departamentos sobre competencia de facultades, propiedades o cualquiera otro asunto contencioso o litigioso*”, pero este último artículo tuvo vigencia hasta la expedición de la Ley 130 de 1913, que en el artículo 18 literales f), y g) atribuye al Tribunal Superior en única instancia: “*De las cuestiones que susciten entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, sobre competencias administrativas.*” Y “*De las cuestiones que se susciten entre dos o más Departamentos sobre competencias administrativas*”. De modo que la Corte Suprema de Justicia “*dejó*” de ser tribunal de solución de competencia en materia administrativa, a raíz de este artículo.

Además, la Corte Suprema de Justicia perdió competencia para conocer la validez y la nulidad de las ordenanzas departamentales como una de las atribuciones de esta corporación, para cederla a la jurisdicción contencioso administrativa.⁸⁶

La Corte Suprema de Justicia conocía en última instancia, hasta la expedición de la Ley 130 de 1913, de los recursos que se interponían contra las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de distrito en los litigios que se susciten entre particulares y los gobiernos departamentales.

Con el surgimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, la Corte Suprema fue perdiendo competencias paulatinamente, a medida que se expedían nuevas reformas constitucionales y nuevas leyes que regulaban la materia. Así, “*pueden citarse, entre otras, las leyes 6 de 1914, 38 de 1918, 99 de 1919, 25 de 1928, 70 de 1930, 7 de 1932 y 80 de 1935, hasta llegar a la expedición de un código, la Ley*

⁸⁶ ROZO ACUÑA, Eduardo, MALDONADO CALA, Fernando, ANZOLA GIL, Marcela. La Constitución de 1886 en el Derecho Comparado. Ob. Cit., pp. 34, 38,39. “*Las funciones de la corte suprema era de corte de casación, tribunal de competencia y contencioso en los casos en los cuales tuviera parte la nación y agentes diplomáticos; de corte constitucional, para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes objetadas por el presidente y de las ordenanzas de las asambleas departamentales, era también juez de los altos funcionarios, tales como los agentes diplomáticos y cónsules, gobernadores, magistrado de los tribunales, comandantes o generales y jefes de las oficinas principales de hacienda de la Nación, juez de las causas en materia de navegación marítima o fluvial.*”

167 de 1941, cuando se reguló sistemáticamente la materia en el Código Contencioso Administrativo.⁸⁷

La Ley 130 de 1913 distribuyó competencias en materia administrativa al Tribunal Superior y a los tribunales seccionales administrativos en una única instancia, en los casos de nulidad y validez de acuerdos u otros actos de los concejos de los municipios situados dentro del territorio de la jurisdicción del respectivo tribunal, como de otros actos administrativos de las autoridades municipales. Con diferentes tribunales seccionales tomando decisiones frente a actos administrativos, en situaciones similares, se establecieron diferentes orientaciones jurídicas por parte de los diversos tribunales administrativos, sin que el Tribunal Supremo pudiera conocerlas para unificar la jurisprudencia planteada por los mismos.

El Acto Legislativo No. 1 de 1945 se ocupó del Consejo de Estado y ordenó la división de dicha corporación en salas o secciones, para separar sus funciones como tribunal de lo contencioso administrativo de las demás que le correspondían. Otorgó a los Consejeros de Estado voz en los debates de las cámaras o de las comisiones en los casos señalados por la Ley. Posteriormente, la Ley 19 de 1958, en su artículo 9, dispuso la creación en el seno del Consejo de Estado de *una sala consultiva especializada que se denominará Sala de Servicio Civil*. El Decreto Ley 1153 de 1959 dispuso que la Sala de Servicio Civil estaría integrada por los consejeros que en aquel entonces conformaban la denominada Sala de Negocios Generales del mismo Consejo.⁸⁸

El profesor Ramos Acevedo⁸⁹ comenta: *“Desde ese punto de vista se observa que la vigencia del Decreto-Ley 528 de 1964 marca el límite entre las etapas fundamentales de la evolución porque dicho decreto le asignó a la jurisdicción contenciosos administrativa el conocimiento general de las controversias sobre la responsabilidad de la Administración y de sus establecimientos públicos descentralizados, en los niveles, nacional, departamental, intendencial, comisarial y municipal, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, como queriendo comprender en esa prolija enumeración todas las hipótesis de responsabilidad que pudieran presentarse. Antes de la vigencia del Decreto 528 de 1964, el contencioso de la responsabilidad extracontractual fue de conocimiento compartido entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.”*

⁸⁷ SARRIA ACUÑA, Consuelo. Sociedad civil, justicia constitucional y administrativa, Jorge Eduardo Londoño Ulloa *In* Fundación Universitaria de Boyacá, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. III Seminario Internacional (compilador y traductor), 2000. p. 121.

⁸⁸ <http://consejodeestado.gov.co/seminario/lineadeltiempo.html> 24 de Noviembre de 2013.

⁸⁹ RAMOS ACEVEDO, Jairo. Responsabilidad extracontractual del Estado, Ed. Universidad Libre, Cali, 1994. pp. 19-20.

La Corte Suprema de Justicia quedó facultada como Tribunal de Casación con la expedición de la Ley 61 de 1886, con la finalidad de unificar la jurisprudencia, pero sólo hasta con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, en el artículo 35, se estructuró en dos salas, en las cuales tendrían asuntos por separado y conjuntamente. La ley 81 de 1910 divide la Corte Suprema en Sala de Casación compuesta por seis magistrados y la Sala de Negocios Generales, compuesta por 3 magistrados, la reunión de estas dos salas integraba Sala Plena.

El Acto Legislativo No. 3 de 1910 introdujo importantes reformas, como se ha expuesto. Entre las más relevantes, la que otorgó el control de acción por inconstitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia, de donde surgió el control posterior de constitucionalidad por vía de acción. La reforma constitucional de 1968 hizo competente a la Corte Suprema de Justicia para revisar los decretos proferidos por el Gobierno nacional, de conformidad con los artículos 121 y 122 de la Constitución como control automático, ya que el Gobierno debe enviarlos.

Pero antes de la acción de inconstitucionalidad, por primera vez la Constitución de 1886 de Colombia estableció un mecanismo de carácter previo, que correspondía a la Corte Suprema de Justicia y consistía en decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales.

El control de constitucionalidad, entre 1886 y 1910, estaba establecido de manera débil, pues el único que podía acudir a la supremacía normativa constitucional era el Gobierno nacional. En dicho periodo, se dio a la ley una alta fuerza normativa vinculante por medio de la soberanía nacional, y al establecer, en la Ley 153 de 1888, en el artículo 6: *“Una disposición expresa de la ley posterior a la constitución se reputará constitucional y se aplicará aun cuando aparezca contraria a la Constitución,”* se fijó así la presunción de constitucionalidad de las leyes. Así se pueda entender que se despojó a la Constitución de su carácter normativo vinculante, ya que otro poder diferente del Congreso podría someter a control el alcance de los proyectos de ley, y la Corte Suprema quedó como órgano definitorio.⁹⁰ Sin embargo, debe reconocerse que expedida la ley, su fuerza era superior a la Constitución.

⁹⁰ SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo colombiano. Séptima edición actualizada. Ed. Temis, Bogotá D.C., 1983. pp. 88-89. sostuvo una visión diferente a la planteada al señalar que la Constitución de 1886 eliminó todo control judicial sobre las leyes. Simplemente, en el artículo 90 otorgó atribuciones a la Corte para declarar si un proyecto de ley objetado por el Gobierno era o no compatible con la Constitución, acatando el pensamiento de CARO. El artículo. 6 de la Ley 153 de 1887, hoy derogado, estableció el sistema elástico de la reforma constitucional y desconoció el principio de la primacía de la Constitución al decir que “una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplica aun cuando parezca contraria a la Constitución.

“El grado de valor normativo de la Constitución de Colombia se consolidó con los artículos 40 y 41 del Acto Legislativo 3 de 1910, pues “a la Corte Suprema de Justicia se le asignó la guarda de la Constitución a través de la acción de inexequibilidad y el control previo de los actos legislativos objetados por el gobierno y se estableció la excepción de inconstitucionalidad de manera general y aplicable no solo por la Corte Suprema de Justicia, sino por los jueces, por medio de la excepción de inconstitucionalidad para implicar la ley y no para anularla, ya que la anulación sólo la hace el órgano centralizado; la norma que señala: en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.”⁹¹

Definido en Colombia el control difuso de constitucionalidad, originado en la sentencia del juez Marshall del caso Marbury contra. Madison y de origen concentrado por parte del modelo europeo, vale agregar que el control concentrado lo ejercía la Sala Plena de la Corte Suprema hasta el Acto Legislativo No. 1 de 1968, el cual creó en ella la Sala Constitucional.⁹² Así permaneció hasta 1991 cuando se creó la Corte Constitucional.

El artículo 41 del Acto Legislativo No.1 de 1945 previó que corresponde al Consejo de Estado, en su jurisdicción de lo contencioso administrativo, conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos cuyo juzgamiento no corresponda a la Corte Suprema de Justicia, por vía de la acción pública de nulidad.⁹³

La reforma de 1960 dispuso que la Corte Suprema estudiara la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos bajo estado de sitio, si así lo decidía el Congreso, mediante proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra Cámara. En 1968, como se ha referido, se creó la Sala Constitucional de la Corte y se deslindaron las competencias de la misma y del Consejo de Estado, para juzgar la constitucionalidad de los decretos del Gobierno. De otro lado, la reforma de 1968 otorgó al Tribunal Disciplinario, encargado de resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa (existente desde 1945), la competencia de juzgar las faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado.

⁹¹ SARRIA ACUÑA, Consuelo. Sociedad civil, justicia constitucional y administrativa, Jorge Eduardo Londoño Ulloa. Ob. Cit., pp. 102-103.

⁹² Biblioteca jurídica virtual del Instituto para la Investigación Jurídica de la UNAM. www.juridicas.unam.mx. acción pública de inconstitucionalidad de las leyes. Ana Giacomette Ferrer. Tomado el 9 de noviembre, 12:00 de la tarde.

⁹³ Ibídem., p. 104. En el artículo 41, como una norma nueva, el Acto Legislativo de 1945 prescribió: “Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en el ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.”

La Constitución Política de 1991 introduce importantes variaciones en la estructura de la Administración de justicia: crea la jurisdicción constitucional y autoriza al legislador para implementar la Jurisdicción Especial de los Pueblos Indígenas y Jueces de Paz; estableció el Consejo Superior de la Judicatura, y creó como nuevo organismo la Fiscalía General de la Nación.

Estas nuevas jurisdicciones afectan directamente las competencias y, en algunos casos, la estructura de la jurisdicción ordinaria. En efecto, la jurisdicción constitucional, en cabeza de la Corte Constitucional, implica que la Corte Suprema pierde la mayoría de las competencias, que en materia de control de constitucionalidad tenía desde 1910.

Sección A. La judicialización de la Administración en Colombia: El activismo judicial en Colombia.

En cuanto a la judicialización administrativa en el caso colombiano, podremos afirmar que la transformación del derecho administrativo tiene auténtico aporte con la institución de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en cuanto a la peculiar institución de la *extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. El extenso artículo 102 regula un procedimiento administrativo especial que tiene por objeto decidir la petición de una persona solicitando la extensión de los efectos de una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, siempre que estén en las mismas situaciones de hecho y de derecho.⁹⁴

Siguiendo las ideas precedentes en cuanto a la *extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia*, el Consejero de Estado Rojas Betancourt sostiene que “*el propósito principal de este nuevo instituto es el de asegurar que la Administración se tome en serio la jurisprudencia de sus jueces y su marco teórico lo constituye lo que se ha denominado el sistema de protección y garantía de los derechos de las personas en sede administrativa*”⁹⁵ y en donde se aboga porque sea la Administración directamente la que proteja los derechos de las personas,

⁹⁴ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique. Comentarios al nuevo Código Contencioso Administrativo y de lo contencioso administrativo. Ob. Cit., pp. 151-158.

⁹⁵ ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Extensión de las sentencias de unificación de jurisprudencia *in* Instituto del Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, Ed. Consejo de Estado y Banco de la República, Bogotá, 2011. pp. 91-93. “*La norma es entonces una especie de redundancia necesaria y un intento adicional para fortalecer la tesis de que hay que tomarse en serio la jurisprudencia, pues no hacerlo tiene costos que van desde problemas prácticos como la congestión administrativa y judicial- aumento de litigiosidad- hasta cuestiones de principios como la garantía y protección de los derechos de las personas y el debilitamiento del Estado de Derecho.*”

sin necesidad de la intervención del juez, aplicando la jurisprudencia a casos semejantes, sin que se les permita acudir al margen de la hermenéutica, reduciéndoles su campo de interpretación, especialmente cuando se trata de reconocimientos en derechos de pensión, prestaciones sociales y salarios.⁹⁶

La importancia de la jurisdicción sobre la Administración trasciende los debates académicos sobre la vinculación del precedente judicial en la Administración, institución consagrada expresamente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consignado en la Ley 1437, y de allí nuestro interés por el desempeño de los jueces sobre las autoridades administrativas, sean estas centralizadas, desconcentradas o descentralizadas; en especial para sentar tesis en cuanto a la necesidad y la justificación de un juez especializado de la Administración, por la densa permeabilidad que tiene el poder judicial sobre la Administración cuando ésta juzga y, por tanto, juez y administrador se confunden.⁹⁷ También podría decirse juez y legislación, pero pese a eso, el poder judicial seguirá siendo en todo caso el poder especial de control, el cual debe ser desconcentrado y separado, como una garantía para limitar el poder.

El doctrinante Vedel afirma: *“El recurso al principio constitucional de la separación de poderes como fundamento de la separación de las autoridades administrativas y judiciales resultaba inútil. De entrada, porque esa ficción era de una inautenticidad alarmante: los países que de una mejor manera la separación de poder ejecutivo y del poder judicial, Gran Bretaña y los Estados Unidos, subordinan sus autoridades y sus jurisdicciones administrativas (o sus equivalente) a las cortes de justicia; Francia ha aplicado la separación de las autoridades administrativas y judiciales bajo el régimen de confusión de poderes.”*⁹⁸

Para conservar la separación de poderes entre juez y administración, sin que ésta fuese una ficción, Montesquieu prohibió expresamente la injerencia de los jueces en la Administración, tanto así que constituía delito, luego no fue inútil sostener la separación entre justicia y administración para dicha época. Hoy en día tampoco lo es pese a la confusión de poderes generada por la subordinación de las autoridades administrativas y legislativas a los fallos judiciales, porque, como

⁹⁶ ZAMBRANO CETINA, William. Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *In* Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Ed. Consejo de Estado y Contraloría General de la República, Bogotá, 2011, p. 56.

⁹⁷ MONTESQUIEU considera el poder judicial sólo para juzgar a los particulares y de castigar los delitos con el método exegético, separando el poder judicial del administrativo porque consideraba que juzgar a la Administración también era administrar. *juder l'administration c'est encoré administrer.*

⁹⁸ VEDEL, Georges. Preface, a la tesis de Pierre Esplugas. Conseil constitutionnel et service public, París, Biliotheque constitutionnelle et de science politique, 1994. p. 4.

entraremos a exponer, la función de juzgar será siempre autónoma respecto de las decisiones administrativas y legislativas. Además, conservamos en teoría un juez especializado ordinario que no juzga a la Administración ni a la legislación, toda vez que, entra en juego el principio de contrapeso de poderes, que permite, en cierto modo, la injerencia de un poder sobre el otro sin lesionar el principio de separación de los mismos.

Partimos de la idea de que el poder o las funciones del Estado deben estar fraccionadas. La justificación la brinda Montesquieu: *“Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta a la confianza porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente y, agrega, no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y el poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor; finalmente, todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre los particulares.”*⁹⁹

Del concepto de Montesquieu se desprende algo nada novedoso, pero sí realmente interesante, en cuanto al poder judicial, en cuanto este se circunscribe a juzgar al particular; el administrador y el legislador quedan excluidos de todo control por parte del poder judicial, situación irónica en plena Revolución Francesa, cuando se pretendía someter el poder al derecho y no meramente a la ley formal, aunque poco a poco los poderes se sometieron al control judicial.¹⁰⁰

Por tanto, el cómo conciliar la autonomía e independencia del poder judicial en su injerencia sobre el poder administrativo y el legislativo es lo que se pretende desarrollar en este texto, pues compartimos lo que sostiene el jurista Vedel, pues se puede estar en presencia de una confusión de poderes cuando los jueces se pronuncian sobre el contenido de la Administración, aunque consideramos que por ello, no deja de ser autónomo e imprescindible el poder judicial como contrapeso del poder; en otras palabras el poder judicial no deja de ser judicial y no pierde su naturaleza jurídica de control por su injerencia en la Administración.

Con la Constitución de Colombia de 1991, el juez, sin lugar a dudas, tiene ahora un papel protagónico en la producción de normas jurídicas, circunstancia que lo sitúa como el verdadero creador de derecho en cada caso particular. Tal

⁹⁹ MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes, Buenos Aires, Ed. Albatros, tomo I, 1942. pp. 309 -210.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de derecho administrativo en Colombia *In* El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS, Madrid, Ed. Civitas, 2003. p. 23.

fenómeno, según el doctrinante Mauricio Velásquez, se manifiesta en los fallos de tutela o en aquellos que se deciden las acciones populares o de grupo. Un ejemplo revelador, de hasta dónde puede llegar el activismo judicial, es la sentencia T-209 de 2009, en la cual, por proteger los derechos fundamentales invocados, la Corte ordenó vincular los planes de vivienda, educación, salud y trabajo a personas ajenas a la entidad tutelada, suspender procesos licitatorios e incluir factores de calidad en los pliegos de una licitación; incluso ordenó emprender campañas de publicidad.

No obstante, el juez debe acudir a la regla de la prudencia judicial que le impide extralimitarse en su tarea y en sus competencias, regla a la que debe acudir la Corte Constitucional para no incurrir en decisiones propias del legislador o de la Administración.¹⁰¹

En cuanto a los poderes del juez sobre la Administración, resulta pertinente aludir a las implicaciones del carácter rogado de la jurisdicción administrativa,¹⁰² pues el control de legalidad de los actos administrativos no se ejerce de manera oficiosa, esto es, el proceso administrativo lo inicia el litigante y no de oficio el mismo juez.

Ahora bien, en las demandas de nulidad simple y de restablecimiento del derecho, el actor tiene la carga adicional de señalar las normas violadas y el concepto de la violación, y es tan rogada la jurisdicción, que las pretensiones de la demanda son, en principio, el marco definitorio de la decisión judicial. Valga la aclaración: este principio se matiza con las declaraciones de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, al salvaguardar derechos humanos, colectivos o fundamentales de conformidad con el principio *iura novit curia*.¹⁰³

El activismo judicial es el llamado derecho vivo, no implica que el operador jurídico pase a ser juez y parte; si bien se resalta la importancia de que en estos días surja el tema de un juez que se pronuncia activamente sobre las decisiones administrativas, ello no implica que deba adoptar la posición de “*un cazador de actos*”. Aparte de lo engorrosa que resultaría dicha labor, consideramos que

¹⁰¹ Al respecto Sentencia C-931 de 2009. Magistrado ponente: Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰² Ley 1437 de 2011 Art. 137. Sobre medios de control.

¹⁰³ Sentencias T-146 de 2010 y T-047 de 2011. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa. “(...) *La manera como se ha entendido y reiterado el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, es que en virtud de éste, el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente*. Así pues, no es menester que una persona demande del juez de tutela la aplicación del principio en cuestión, por cuanto es un mandato general y continuo que se ha de atender en todo proceso de tutela. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sido sensible en la aplicación de este principio a las condiciones materiales del caso. Así, por ejemplo, se asume y demanda del juez una actitud más oficiosa y activa en aquellos casos en los que la tutela la invoca un sujeto de especial protección constitucional o una persona que, por sus particulares circunstancias, ve limitado sus derechos de defensa. De igual forma, el juez no puede desempeñar el mismo papel si el proceso, por el contrario, es adelantado por alguien que sí cuenta con todas las posibilidades y los medios para acceder a una buena defensa judicial.”

restaría o anularía la imparcialidad del juez a la hora de desvirtuar o no la presunción de legalidad que reviste los actos administrativos. Ahora bien, ya la Corte Constitucional se pronunció al respecto:

“La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la Administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación.”¹⁰⁴

No obstante, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia ha realizado un nuevo examen al principio de la jurisdicción rogada, sin que esta se siga viendo como una camisa de fuerza puesta para el pronunciamiento del juez. Sintetiza la Corte:

“(…) En conclusión, el concepto de justicia rogada pasó de estar restringida a los cargos de violación presentados en la demanda por el accionante, a la relación jurídica procesal trabada entre las partes procesales, así como al material probatorio y los argumentos que se formularon en el proceso que se encuentra en el expediente. Igualmente, la rogatividad de la jurisdicción contenciosa se flexibiliza cuando: i) se vulneren los derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante; o ii) el juez evidencia la incompatibilidad de una norma que deba aplicar con la Constitución. En estos eventos en los que el juez contencioso tiene la competencia para declarar la

¹⁰⁴ Sentencia C-197 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

nulidad de un acto administrativo por motivos diferentes a los planteados por el accionante aplicando directamente la Constitución.”¹⁰⁵

En síntesis, la Administración está llamada a resolver inmediatamente las situaciones jurídicas particulares que demanden los ciudadanos en cuanto a las necesidades de interés común y, por ende, es la rama administrativa del poder público la llamada a resolver las dificultades económicas y sociales presentadas en los quehaceres diarios de los ciudadanos. No obstante, como centinelas, los jueces deben vigilar que las decisiones adoptadas por los órganos de la Administración realmente atiendan los fines del Estado, situación, además, activada por la inconformidad ciudadana mediante una demanda. La intromisión de los jueces en la Administración se justifica democráticamente, siempre que se requiera el control de las decisiones adoptadas por la misma, toda vez que ésta se presume legal por la misma inactividad del poder ejecutivo para asumir las obligaciones generales.

Las medidas cautelares¹⁰⁶ son otro punto interesante relativo a los poderes del juez sobre las decisiones administrativas, toda vez, que éstas se han ampliado con la entrada del nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; los poderes del juez interfieren con mayor fuerza sobre los efectos de las decisiones de la Administración en un marco donde se demuestra aún más la predominancia del juez administrativo en la actividad de las decisiones estatales.

Ahora bien, señala el Consejero de Estado Gustavo Eduardo Gómez, que las medidas cautelares tienen como función principal asegurar el cumplimiento de la sentencia que posteriormente se dictará; son un mecanismo de protección de los derechos que operan de manera anticipada e independiente de la decisión de fondo que se llegue a adoptar en el proceso. Así, señaló que el régimen anterior, consagrado en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, se limitaba precisamente a suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos en las acciones de simple nulidad y nulidad con restablecimiento

¹⁰⁵ Sentencia T-553 de 2012. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. “(...) De esta manera, la Constitución de 1991 encargó al juez ordinario la tarea de salvaguardar las garantías esenciales y de promover la primacía de la Carta Política. Así, en virtud del principio de justicia material la competencia del juez en un proceso no puede limitarse a lo alegado en la demanda. Éste cuenta con un rol activo dentro del trámite que lo identifica como el director del proceso, deber que se concreta en que el funcionario judicial actúe de forma diligente y eficiente. Por tal razón, su labor no puede ser paquidérmica, mecánica o concentrarse solo en la ley, sino que debe obedecer a una valoración integral y racional de los diferentes elementos que estén presentes al decidir un caso concreto, de modo que la decisión dictada goce de coherencia interna y externa.”

¹⁰⁶ Sentencia C- 523 de 2009. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa. “Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.”

del derecho y que por las exigencias de la jurisprudencia, lo usual era su inoperancia al dimensionar la suspensión provisional en forma restrictiva, ya que al decretarla se planteaba una evidente contradicción entre la decisión administrativa y las disposiciones normativas, sin permitir al juez elaborar los estudios de fondo, propios de la sentencia para resolver la validez del acto acusado.

En el nuevo código el margen de acción del juez administrativo se amplió, pues las medidas cautelares van más allá de la simple suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. En este sentido en el artículo 230 de CPACA clasificó dichas medidas en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Con las medidas preventivas se evita configurar vulnerar los derechos de la parte demandante. Con las medidas conservativas se busca mantener la situación previa al conflicto, mientras que con las medidas anticipativas se pretende restablecer la situación anterior a la vulneración del derecho; se denominan así porque se adelantan algunos efectos de la sentencia.

En el nuevo régimen, las medidas cautelares se solicitan en cualquier momento del proceso, ya no únicamente en la demanda o en escrito separado antes del auto admisorio de la demanda, como lo exigía el numeral 1° del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. La figura procede en todos los procesos declarativos y no únicamente en aquellos en los que se juzga la legalidad del acto administrativo.

Llama la atención que las medidas cautelares en los procesos declarativos proceden a petición de parte, en tanto que en las acciones populares y en la tutela pueden decretarse de oficio, por la importancia constitucional, fundamental y/o colectiva de dichas acciones

En este sentido concluye el consejero de Estado Gustavo Gómez:

“Este nuevo espectro de cautelas buscó empoderar al juez administrativo con amplias facultades tendientes a adoptar medidas provisionales que garanticen la efectividad y el cumplimiento de las sentencias, similares y, sin temor a equivocarme, superiores a las que tradicionalmente empleaba cuando actuaba como juez constitucional en sede de tutela o de acciones populares.

(...)

Con ello se evidencia que la intención del legislador no fue que de manera permanente el juez reemplazara a la Administración en la

toma de decisiones, sino que a esa posibilidad se acuda como último recurso y bajo ciertas condiciones.¹⁰⁷ (Negrilla).

A pesar de todas estas consideraciones, insistimos en el planteamiento de nuestra tesis, consistente en que la labor del juez administrativo puede conllevar una coadministración.

Sección B. El juez especializado de la Administración en Colombia: El Consejo de Estado.

La separación de los tres poderes clásicos¹⁰⁸ del Estado de Derecho¹⁰⁹ debe entenderse en relación con el poder judicial, dado que, el poder legislativo se relaciona inescindiblemente con la Corte Constitucional, como la Administración con el Consejo de Estado.

Como se ha sostenido y reiterado aquí, al poder legislativo y al poder ejecutivo los controla el poder judicial, dado que la actividad de juzgar a la legislación es también un modo de legislar, como juzgar a la Administración es un modo de administrar; así en su momento los franceses sostuvieron que juzgar a la Administración era también administrar; de modo que, permitir que una misma corporación juzgue a la legislación, a la Administración y al comportamiento particular, es vulnerar el principio republicano de la separación de poderes, haciendo de él una mera ficción: el remedio para esta confusión de poderes es la desconcentración judicial.

¹⁰⁷ <http://www.consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/11REGIMEN.pdf>.

¹⁰⁸ SEVERO GIANNINI, Massimo. Derecho Administrativo, traducción Luis Ortega, Madrid, Ed. Ministerio para las administraciones públicas, 1991. p. 66. “(...) *la teoría de la tripartición del poder no asigna valores políticos a los conjuntos que componen los distintos poderes; se limita a proponer la independencia recíproca de cada conjunto respecto de los demás y el recíproco control: de este modo el poder ejecutivo es independiente de los demás y los controla; el hecho de que éste se componga de órganos constitucionales y de un vasto aparato administrativo, dentro del diagrama de dicha teoría, se deriva, si acaso, la asignación a este aparato de una posición constitucional de independencia, que ciertamente no existía en las formas precedentes del Estado, en las cuales el aparato mismo era el aparato de un órgano o, como máximo, de un conjunto de órganos pero no del Estado.*”

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia, Bogotá, Ed. Temis, 2006. p. 10. Sostiene que el principio de separación de poderes fue concebido por Montesquieu, sobre la base de una separación tripartita que ha mantenido su vigencia durante largo tiempo, sin embargo esta separación tampoco ha resistido a la presión del Estado moderno, en el cual han aparecido tendencias a reconocer la existencia de órganos autónomos de las ramas tradicionales. De igual modo ocurre con los órganos electorales, y los organismos autónomos e independientes que reconoce directamente la Constitución, que para unos no dependen del poder ejecutivo.

Por lo expuesto, discrepamos de quienes piensan que la Administración de justicia por jurisdicciones es un sistema innecesario, en especial cuando se afirma que *“esta organización no es necesaria, como lo prueba la existencia de sistemas diferentes en numerosos países. Los estados anglosajones tienen un sistema monista de unidad de jurisdicción.”*¹¹⁰

Al señalarse que la jurisdicción contencioso administrativa no es necesaria porque hay otros países que no la adoptan, implica que podríamos también decir que nuestro modelo democrático no es necesario, porque hay países que no lo adoptan, que nuestro sistema presidencialista no es necesario, porque hay países que tampoco lo adoptan, y que nuestro sistema unitario no es necesario porque hay otros países que son federados. Luego, nada resultaría necesario visto desde esta perspectiva, porque cuando hablamos de la necesidad de emplear algo deberá entenderse en relación con otra cosa, o sea, que los jueces especializados son indispensables en un modelo donde se predique el principio de la desconcentración o la separación de poderes. *A contrario sensu*, no tiene sentido hablar de un juez especializado de la Administración en un sistema como el inglés, donde no existe la separación de poderes, que se rige mayoritariamente por normas comunes y donde finalmente la autoridad máxima se encuentra concentrada en el mismo Parlamento; por consiguiente, una cosa es o no necesaria, dependiendo de cada contexto particular.

Igualmente, el profesor Díaz Díez se muestra escéptico sobre la imprescindible necesidad de la dualidad de jurisdicciones para la compatibilizarla con el principio de separación de poderes. Afirma: *“Para comprender mejor por qué la separación del poder público, como otro de los elementos del Estado de Derecho, no riñe con el control jurisdiccional de la Administración, pero tampoco exige que para su satisfacción, que tal control deba hacerse mediante jueces especializados.”*¹¹¹ (Negrilla fuera del texto original).

Como consideraciones previas a los argumentos de Díaz Díez en cuanto a la no incompatibilidad del juez ordinario para controlar la Administración, podemos decir que se puede asimilar la teoría de la separación de poderes con el sistema de pesos y contrapesos de origen estadounidense (*checks and balances*), pero haciendo la salvedad de que no son lo mismo.¹¹² Bien Montesquieu tomó la idea de separación de poderes de Locke, variando el poder federativo por el poder judicial en ese afán de limitar el poder; sin embargo, consideramos que realmente el sistema de pesos y contrapesos era casi nulo para aquella época revolucionaria en Francia, pues ni el Parlamento ni la Administración estaban sujetos a control

¹¹⁰ MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, curso temas de reflexión, comentarios y análisis de fallo, Ed. Universidad Externado de Colombia, primera edición en español, Bogotá, 2010. p. 17.

¹¹¹ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ob. Cit., p. 229.

¹¹² Ibídem., p. 230.

por parte de los jueces. Lo que buscaba Montesquieu era precisamente la no interferencia de otro poder sobre la Administración. La Administración en ciertos actos estaba exenta del control judicial,¹¹³ y de ser necesario, auto controlaba tanto sus propios actos reglados por ley, como sus actos discrecionales.

Así las cosas, se desarrolló la idea del abuso del poder, que era simplemente según el profesor Malagón Pinzón,¹¹⁴ y el catedrático Fernández, meras denuncias que podían ser o no tenidas en cuenta. Con todo, se empiezan a desarrollar ciertas causales de exceso de poder por falta de competencia y vicios de forma, las cuales se derivaron de la Ley 7-14 de 1790, pero que sólo eran conocidas por

¹¹³ BALBIN, Carlos F. Control de los actos políticos *In Cuadernos y Debates, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Ed, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. p. 35 “*La teoría del acto político ha sido creada por decisión del Consejo de Estado Francés del 1 de mayo de 1822, niega el control jurisdiccional, y son como ejemplo, las declaraciones de guerra y las relaciones diplomáticas, relaciones internacionales.*” Ahora bien, para el caso colombiano se cita el caso de la nota diplomática del Ministro de Relaciones Exteriores del 22 de noviembre de 1952 sobre el conflicto limítrofe de Los Monjes. En este caso, el Consejo de Estado, retomando la jurisprudencia francesa que en ese país había sido revocada en 1872, consideró que por tratarse de un acto de gobierno propio del manejo de las relaciones exteriores del país era uno de los actos que la Constitución establecía como funciones del Presidente de la República como Jefe de Estado y no como suprema autoridad administrativa y que, por consiguiente, era ajeno al control jurisdiccional. Ahora bien ¿Podría calificarse como otro acto de jefe de Estado el proceso de paz que está adelantando el Presidente Santos? No obstante lo anterior, en la actualidad resulta aún más claro que los actos políticos o de gobierno están sujetos al control jurisdiccional debido a la reforma introducida por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y al artículo 82 del C.C.A. Con esta disposición este punto no se someterá más a interpretaciones jurisprudenciales, pues es la misma ley la que, en desarrollo de los parámetros constitucionales, establece el control de legalidad sobre los actos políticos o de gobierno. Mírese también el fallo del Consejo de Estado, consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero, Radicado No 6130, mediante el cual prescribió: “*Considero que el llamado "acto de gobierno" o "acto político" no constituye una figura jurídica específica, sino simplemente una noción conceptual de cierta actividad del órgano ejecutivo del Estado. Jurídicamente, el acto de "gobierno" y el acto "administrativo" quedan asimilados. La Constitución nacional, sea en el artículo 86, o en algún otro lugar de la misma, no habla de "actos de gobierno" o de actos políticos" como opuestos a actos administrativos: en el orden de ideas de que aquí se trata, todos ellos expresan una actividad ejercida por el Poder Ejecutivo. Conceptualmente dichos actos se distinguen por su finalidad, por el alcance de los pretendidos efectos del acto: trátase de una cuestión "grado", cuya determinación constituye, a su vez, una cuestión de "hecho", de sensibilidad jurídica en suma. Todo acto del Poder Ejecutivo, atinente a la marcha o funcionamiento común y ordinario de la "Administración", por principio es un acto "administrativo"; los actos que no reúnan dichos caracteres, sino que tengan por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado, en principio deben conceptuarse actos de "gobierno o políticos". Pero el régimen jurídico de ambas categorías de actos - el administrativo y el de gobierno o político - obedece a principios similares, pues la diferencia "conceptual" existente entre ellos no alcanza a separarlos jurídicamente, al extremo de que deban regirse por distintos criterios jurídicos. En otro concepto se afirma: La doctrina sin embargo acepta la distinción de los actos políticos, pero desde el punto meramente conceptual, y por razones didácticas, para indicar aquéllas decisiones trascendentales, que interesan a la seguridad nacional, el orden público, las relaciones internacionales, etc. Pero, como bien lo dice la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre 15 de 1984, no existe norma en la legislación colombiana que les de apoyo legal.*”

¹¹⁴ www.argumentando.com/files/pdf/regimen-de-responsabilidad-estatal.pdf. 5 de diciembre 2013. MALAGÓN PINZÓN, Miguel. La Revolución Francesa y el derecho administrativo francés, la invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia del control judicial.

el poder ejecutivo y no por los tribunales. Con posterioridad, enseña Malagón Pinzón, surge el recurso de desviación de poder en el año de 1864 en Francia, que operaba cuando el acto administrativo era ajeno al interés público o para suprimir ciertas garantías procesales, y luego por concepto de violación de la ley.

La historia del derecho administrativo francés se completa con la implementación del recurso de plena jurisdicción, a partir de la Ley 24 de 1872, la cual reconoce al Consejo de Estado su carácter jurisdiccional en los litigios administrativos y crea el recurso de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto nos permite aseverar que es realmente aquí donde es válida la teoría de pesos y contrapesos (equilibrio del poder), aunque todavía muy limitada en razón de la falta de fuerza normativa constitucional.

Es imprescindible anotar que después de la construcción paulatina de un derecho especial para las controversias administrativas ya mencionadas, entre el Estado y el particular, el tribunal de controversias jugó un papel protagónico a través del mencionado Fallo Blanco en el año 1873, ya que consagró tanto la responsabilidad del Estado, no sólo como consecuencias de decisiones de la Administración, sino también por los daños extracontractuales causados por los funcionarios o los propios servicios públicos en razón o en relación con sus funciones, así como la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ella. Luego, el ejercicio del sistema de pesos y contrapesos sí se presentó en cierta medida en Francia, pero de una manera más restringida que en Norteamérica, por la ausencia del poder normativo de la Constitución.

Ahora sí, en cuanto a la afirmación de Díaz Díez en favor de la necesidad de la jurisdicción administrativa, tenemos: *“En conclusión el principio de separación del poder, como categoría esencial en el Estado de Derecho, **no resulta incompatible con el control jurisdiccional de la Administración pública ejercido por la jurisdicción ordinaria**, pues en ese evento los jueces cumplen con su función natural de resolver conflictos mediante la aplicación del derecho, aspecto en el que nada tiene que ver la índole de los sujetos aplicables en la controversia. De ahí que, no por el hecho de que los jueces ordinarios controlen la actividad administrativa que están invadiendo competencia, porque para determinar la ocurrencia de este exceso no tiene relevancia la categoría de los jueces, sino la valoración del árbitro judicial, en contraste con la competencia administrativa que se dice inválida. Entonces, si el principio de separación de poderes no se entiende menoscabado por la función controladora que soporta la Administración y es ejecutada por el juez ordinario, a fortiori, tampoco deviene infringido si tal competencia se encuentra radicada en jueces especializados.”*¹¹⁵

Ya hemos afirmado que la separación de poderes no es un criterio absoluto, porque cuando los jueces controlan la Administración, sea cual sea su

¹¹⁵ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ob. Cit., p. 237

intervención, se inmiscuyen en la Administración; entonces permitir que los jueces ordinarios sean también quienes juzguen a la Administración, implica que co-administran y juzgan la actividad privada, hecho que constituye para nosotros la conjunción de dos poderes en el órgano de los togados. Insistimos, debe haber un juez especializado para lo público y otro para lo privado, para garantizar juicios más imparciales.

No obstante, no faltan los ataques contra los argumentos en pro de la necesidad del juez especializado. Uno, contundente, por ser de rango constitucional, contra la jurisdicción contencioso administrativa, lo esgrime el profesor Favoreau,¹¹⁶ al afirmar que la Constitución, con certeza, no puede ser fraccionada, pues es el soporte de todo el ordenamiento jurídico y sería inconcebible una constitucionalidad para la Administración y otra para los particulares. Se puede concebir que cada rama del derecho tenga sus leyes penales, administrativas, civiles, fiscales con sus respectivos principios generales del derecho, pero no se puede concebir que cada rama del derecho tenga su propia Constitución. Cosa distinta es que para todas las ramas del derecho se puedan aducir las bases constitucionales en las cuales se fundamentan. Señala, entonces, que por más autonomía que se endilgue a la rama administrativa, esta parte de un tronco común, por lo cual resulta cuestionable su autonomía, y, si la tiene, es de carácter relativo.

Consideramos que en el caso particular de la Constitución de Colombia aplicada a nuestro ordenamiento jurídico, sin lugar a dudas, la parte dogmática de la misma se debe aplicar como tronco común a todas las ramas del derecho. Sin embargo, goza de cierta especialidad la parte orgánica de la Constitución aplicable al derecho administrativo. En consecuencia, si bien cada rama del derecho no tiene su propia constitución, sí se puede argumentar que una parte de ella está dirigida en especial al derecho administrativo.

La Constitución no es en sentido estricto una norma de derecho administrativo pero indudablemente contiene regulaciones directas o indirectas para el área que nos ocupa. Reafirmando lo dicho por Favoreau, según el tratadista Ortega Martín, en el derecho administrativo, la aplicación de los principios propios del derecho público posibilitan una mejor tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos frente al poder; y también **sobre la idea de que los tribunales de lo contencioso sean, precisamente, frente a otros órganos jurisdiccionales, los instrumentos idóneos para ello.** Para una mejor comprensión se reproduce literalmente su pensamiento siguiente: *“De otro lado, por hallarse habituados a la aplicación de estos principios y técnicas, serán los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo quienes puedan utilizar con ventaja, unos y otras,*

¹¹⁶ FAVOREAU, Louis. Legalidad y constitucionalidad, la constitucionalización del derecho, temas de derecho público. Traducción por Magdalena Correa Henao, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. p. 33.

*mientras estos por el contrario serían de difícil empleo por los demás tribunales, en los casos en que el objeto del proceso fuera una pretensión exclusivamente fundada en derecho privado.*¹¹⁷

El profesor Libardo Rodríguez tiene muy clara la importancia de la jurisdicción especializada en materia administrativa, en este sentido sostiene:

*“Parece hacer notar que el futuro de la jurisdicción administrativa está en buena parte ligado a la consolidación del carácter especializado del régimen jurídico que ella debe aplicar, es decir, de lo que se ha denominado el régimen administrativo. En efecto si bien la tradición histórica ha venido permitiendo no sólo la supervivencia de esta jurisdicción en nuestro país, sino su fortalecimiento relativo, ella no es suficiente por si sola para justificar su existencia. **Es la convicción de que las relaciones poder público-gobernadores son suficientemente diferentes de las relaciones entre los particulares, hasta el punto de que exigen un tratamiento también diferente y, por consiguiente, un régimen jurídico propio, lo que realmente justifica la existencia y conservación de una jurisdicción especial para dirimir las controversias que resulten de aquella relación. Si esa convicción no es real, no se justifica la duplicidad de organismos judiciales.**”*¹¹⁸ (Negrilla fuera del texto original).

Igualmente, tenemos que *“el juez administrativo es un juez constitucional aun en el sistema de jurisdicción constitucional europeo, porque a pesar de que en principio el control de constitucionalidad corresponde al tribunal constitucional y el control de legalidad al juez administrativo, el juez administrativo no puede constreñirse al control de la mera legalidad de los actos administrativos; no puede ignorar la constitución. Es y probablemente siempre ha sido un juez constitucional.”*¹¹⁹ Agrega que en el sistema colombiano, el juez

¹¹⁷FAVOREAU hace alusión a ORTEGA MARTÍN, Eduardo, en su libro llamado. El control judicial de la actividad de la Administración pública y la competencia jurisdiccional (extensión y límites de la jurisdicción contenciosa-administrativa ante el fenómeno de la creciente utilización del derecho privado por las administraciones públicas) *In* Derecho Público y Derecho Privado en la Actualidad de la Administración Pública.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia *In* Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Consejo de Estado de Colombia, Consejo de Estado de Francia, Consejo Superior de la Judicatura, Ed. Temis, Bogotá, 1999. p. 55.

¹¹⁹ PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. Las relaciones del juez administrativo y el juez constitucional *In* Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Consejo de Estado de Colombia, Consejo de Estado de Francia, Consejo Superior de la Judicatura, Ed. Temis, Bogotá, 1999. P.93. “(...) en el respectivo libro se cita a Franck Moderne, en el libro *El juez administrativo como juez constitucional*, Caracas, primeras jornadas internacionales de Derecho Administrativo, 1995.”

contencioso administrativo por disposición de la propia Constitución es un juez constitucional; de igual forma, lo es por otras razones específicas, a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, dependiendo de la naturaleza del decreto acusado; también actúa el juez administrativo como juez constitucional al conocer de la acción de pérdida de investidura de los congresistas por violación de las inhabilidades y de las incompatibilidades señaladas en la Constitución, así como de la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales.

La citada autora critica fuertemente el excesivo protagonismo del juez constitucional, *“en cuanto a que no en pocas ocasiones las sentencias de los jueces exceden competencias que dentro del sistema de jurisdicción constitucional les corresponden e invaden el campo de otras jurisdicciones.”*¹²⁰ Señala, además, la autora Pedraza, que en la órbita en que actúan los jueces, no puede utilizarse la función de guardar la integridad y supremacía de la Constitución para desplazar de su competencia a otros jueces. En materia judicial, las soluciones jurídicas no tienen una sola respuesta. La valoración de los alcances de los derechos en casos concretos puede variar con argumentos razonables diversos, pero el Estado debe tomar posición y no dejar estos problemas jurídicos en permanente debate. Para el efecto, el constituyente primario y el Congreso establecieron una estructura judicial desconcentrada, con organismos máximos de cierre, competentes para finalizar los debates.¹²¹

Ahora bien, en Colombia se sostiene, sin vacilación, la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa,¹²² pero, en gracia de discusión, se podría afirmar que dichas jurisdicciones existen tan sólo en el papel; lo cual, por supuesto, puede ser satisfactorio para quienes consideren al juez especializado de la Administración como un ornamento innecesario, producto del recelo hacia los jueces por las pugnas socio-económicas de una época en particular vivida en Francia. Especialmente, este escepticismo está justificado por la creciente adulación, por parte de criollos, mestizos y mulatos, al sistema jurídico monista

¹²⁰ Ibídem., p. 99.

¹²¹ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro: El choque de trenes, ¿guerra entre cortes?, Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2010. p. 65. *“(…) sin embargo, los otros tribunales mencionados, y particularmente la Corte Suprema de Justicia, ha tratado de revindicar su anterior facultad, para señalar que también puede interpretar la Constitución según sus competencias, lo cual dejó de ser así desde cuando en 1991 la antigua sala constitucional se convirtió en corte.”*

¹²² SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. Surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia: entre la Regeneración, la Dictadura y la Unión Republicana, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2012. p. 30. A modo de ejemplo, se observa en el estudio reciente, que sin duda alguna clasifica a Colombia y a Ecuador, entre otros países latinoamericanos, como aquellos que tienen dualidad de jurisdicciones. Dice que la justicia administrativa guarda una correlación directa entre centralismo y dualidad de jurisdicciones.

Inglés, sistema que por sorpresa tuvo, al igual que en Colombia, una dualidad de jurisdicciones.¹²³

La importancia de la desconcentración de la Administración de justicia por la injerencia de los jueces en la Administración, no solo corresponde a las diversas áreas de especialización del derecho público y privado, sino que dicha desconcentración también obedece al real desarrollo del principio de la separación y contrapeso de los poderes clásicos del Estado,¹²⁴ y en este sentido representa una justificación democrática para tener jueces especializados en la Administración pública.

Resaltar la importancia del juez contencioso administrativo como juez autónomo e independiente de las demás jurisdicciones, en la labor de unificar y extender su jurisprudencia, es de vital importancia para la consolidación de la democracia, toda vez, que ésta también se fortalece mediante la limitación del poder de la Corte Constitucional, dado que uno de los principales ideales de las Constituciones modernas consiste precisamente en la limitación y distribución del poder de cada órgano del Estado, y los jueces en la administración de justicia no escapan a dicha tendencia.

Mediante la nueva institución de la extensión y la unificación de jurisprudencia,¹²⁶ entre otras funciones y medidas, se ha judicializado la Administración, esto es, que la Administración ha sido supeditada al poder judicial. Dicho de otra manera, como la jurisprudencia es fuente formal de derecho para la rama ejecutiva, relega la ley

¹²³ MORINEAU, Marta. Una introducción al common law, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2004. pp. 18-19. “*Tanto el common law, como la equity, son sistemas jurisprudenciales, el primero originado en los tribunales reales y la segunda en el tribunal de la cancillería. Aunque parece que al principio hubo cierta fricción entre ambas ramas, después, coexistieron pacíficamente, complementándose, para lograr juntas, el desarrollo armónico del sistema jurídico inglés (...)* y agrega: *la existencia de dos jurisdicciones paralelas, con tribunales distintos, los del common law y los equity continuó hasta finales del siglo XIX. Es así que, entre 1873 y 1875, dos leyes del Parlamento, los judicature acts, modificaron la organización judicial, fusionando los tribunales de common law y de la Cancillería.*” (Subrayamos). La equity viene de equidad, se resolvían situaciones con mayor agilidad.

¹²⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián. Público y privado, Estudios sobre el Estado de Derecho, el Estado constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes públicos y privados. Ed., Temis, Bogotá D.C, 2008. p. 169. “*Según se ha dicho, afirmar que un Estado como el colombiano, y sus semejantes, tiene tres ramas del poder, unos órganos de control y un órgano electoral, es una visión recortada de lo que es la estructura del poder público, porque una nación moderna no se agota en esto; es más, cuando se habla de estructura del Estado se hace referencia, necesariamente, a la idea del poder, pero de un poder público (...)* No obstante, decimos esto porque los Estados del mundo actual tienden a la globalización y, en este contexto, surgen nuevos actores de poder, unos políticos y otros económicos. Esta afirmación se basa en la tendencia universal indica que por encima de las estructuras nacionales se están formando estructuras transnacionales-públicas y privadas (...) Si el Estado es soberano, todo lo jurídico es necesariamente interno. Y si hay una afuera, es decir, una esfera jurídica fuera del Estado, este ya no puede ser soberano. Dentro y fuera no son más que distintas zonas de derecho, grados diferentes de uno y el mismo orden jurídico.” (Subrayado fuera del texto original).

¹²⁶ Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, Título V.

y la discrecionalidad del poder ejecutivo a un segundo plano, lo que genera que los jueces cumplan un papel tan activo como el funcionario del poder ejecutivo.

En consonancia, compartimos la idea tradicional, según la cual *juzgar a la Administración también es administrar*,¹²⁷ es decir, estamos convencidos de la co administración de los jueces a través de sus decisiones, sea mediante el activismo judicial o por el solo hecho de llevar a cabo un control negativo de los actos de la Administración.¹²⁸

El juez contencioso administrativo, como juez activista, asume un papel dinámico en las decisiones económicas, políticas y sociales del Estado, y con sus fallos, asume igualmente un papel idéntico en las decisiones propias de la función administrativa del poder público,¹²⁹ la cual, en principio, está en cabeza de autoridades del ejecutivo.

Con la Ley 1437 de 2011, especialmente con la institución de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha fortalecido la relación entre el juez y la Administración, sin desconocer otras instituciones relevantes que empoderan al juez sobre la Administración, como las acciones populares o de grupo y las nuevas facultades otorgadas al juez con ocasión de las medidas cautelares.

En cuanto a los poderes del juez popular,¹³⁰ es importante precisar que de acuerdo con la ley reguladora de la acción popular, la misma se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior,

¹²⁷ Compartimos esta idea, pero no en el sentido clásico de la separación de poderes, esto es, de prohibirle a los jueces entrometerse en las decisiones administrativas; pero sí en el sentido de que cuando se juzga a la Administración se co-administra.

¹²⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial, Ed. Palestra, Lima, 2008. pp. 361-364. “(...) nótese bien, exigir a la Administración que dé cuenta de sus actos, que expliquen con claridad las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra u otras y confrontar con la realidad la consistencia de estas razones es algo que no solo interesa al justiciable, sino que importa decisivamente a la comunidad entera. Juzgar a la Administración es, ciertamente, una garantía, y una garantía esencial en un Estado de Derecho, que sin ella no podría siquiera merecer tal nombre, razón por la cual la constitución no solo la otorga a todos sin excepción alguna, ni personal, ni objetiva (...) pero juzgar a la Administración es también algo distinto y algo más que eso: Juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor, porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a esta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrarismo y de otros riesgos menos disculpables aún que estos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy. (...) Juzgar a la Administración no es administrar, ni debe serlo, pero si contribuye a administrar mejor.”

¹²⁹ Las funciones básicas del Estado sabemos que son: función legislativa, ejecutiva o administrativa y la jurisdiccional.

¹³⁰ El juez competente de las acciones populares.

si ello fuere posible,¹³¹ cuando quiera que por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares sean violados o amenazados.¹³² Casos en los que corresponde al juez adoptar las órdenes de hacer o de no hacer, y definir de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible,¹³³ de manera tal que se garantice la eficacia de los derechos vulnerados, como lo exige el artículo 88 constitucional.

Ciertamente, en la sentencia que ampara los derechos colectivos, el juez está facultado para adoptar las medidas que, conforme a la situación fáctica probada, sean conducentes y pertinentes para obtener la protección de dichos derechos. Lo precedente guarda relación con el artículo 2 de la Constitución Política, al establecer que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En cuanto a los fines esenciales del Estado, encontramos, entre otros, los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Lo mismo que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Artículo 2 C.P.). Debe advertirse que la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena realización y eficacia.

Como ejemplo a propósito, allegamos uno: la sentencia hito en materia ambiental proferida el 28 de marzo de 2014, por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que decidió la apelación de la acción popular sobre el río Bogotá para enfrentar el problema jurídico consistente en implementar las medidas necesarias para la recuperación y la conservación del hidrosistema fluvial.¹³⁴

En tal sentido, la Sala amparó los derechos colectivos relacionados con el agua y el desarrollo sostenible, ya que por acción o por omisión, las entidades públicas del orden central, descentralizado, territoriales y autónomas, así como las empresas públicas y privadas de carácter industrial o domiciliario son responsables de la catástrofe ambiental de la cuenca hídrica, porque el río Bogotá

¹³¹ Artículo 2 Ley 472 de 1998 / Artículo 144 Ley 1437 de 2011.

¹³² Artículo 9 Ley 472 de 1998.

¹³³ Artículo 34 Ley 472 de 1998.

¹³⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación número: 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP). Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014).

se ha convertido en la última década en un lugar donde se depositan toda clase de vertimientos, sin que hasta la fecha exista autoridad ambiental alguna que se haya preocupado por buscar una solución integral al mismo.

El Consejo de Estado dictó órdenes concretas; por ejemplo, a corto plazo, ordenó la creación de Consejos Estratégicos; a mediano plazo, implementar planes de micro cuencas; y a largo plazo, entre otras, que el Gobierno nacional en el término perentorio e improrrogable de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, presente el proyecto de ley de creación de la Gerencia de la Cuenca Hídrica del río Bogotá-GCH- y del Fondo Común de Cofinanciamiento-FOCOF-. También le ordenó a la CAR la actualización del Plan de ordenación y Manejo de Cuencas Hídricas –POMCA- como máximo instrumento de planeación.

Con la sentencia precitada, se demuestra que el juez en el Estado social y democrático de derecho adquiere un papel activo en el funcionamiento de la Administración pública, al punto que, en el caso mencionado como ejemplo, ordenó la creación de una entidad específica para la recuperación del río Bogotá.

Así queda establecido que el juez tiene un rol activo, sus decisiones no se limitan al mero reconocimiento de perjuicios o a definir si una decisión del poder legislativo o del poder administrativo estuvo o no conforme a derecho, ni mucho menos a simplemente complementarlas, sino que va más allá de su carácter indemnizatorio o calificativo: tiene la potestad de tomar medidas preventivas o de adoptar planes precisos para amparar derechos fundamentales o colectivos de la misma manera como está llamada la Administración para la preservación del orden público

Por otra parte, consideramos que la relación entre la actividad privada e intereses colectivos, como es el caso entre empresa y medio ambiente, debe sin lugar a dudas estar regida por un derecho especial, regulado por unos principios y prerrogativas del Estado, tal como lo es un régimen sancionatorio ambiental para el efectivo control de situaciones de riesgos que involucran derechos colectivos frente a los intereses privados, como se presenta de manera evidente en la explotación de los recursos naturales; esta situación se concretiza, por ejemplo, con los principios de prevención y precaución en materia medio-ambiental. En este mismo sentido, es el juez especializado de la Administración quien deberá tener la competencia para determinar el alcance de la decisión de la Administración, sin perjuicio de las medidas cautelares que se adopten durante el trámite administrativo para la conservación del medio ambiente.

Por todo lo sucintamente expuesto, somos partidarios de que el derecho administrativo se rija por normas del derecho privado, o pueda regirse por la mera negociación, pero en todo caso hay ciertas decisiones de beneficio colectivo que no pueden someterse a un simple acuerdo cuando se requiere de imposición y de representación popular o porque la famosa huida del derecho público hacia el

derecho privado de lugar a que los servicios públicos se rijan por normas comunes y, por ende, las necesidades colectivas se sometan también a la jurisdicción ordinaria o excepcionalmente a la jurisdicción constitucional, a través de esta última, mediante el mecanismo de la acción de tutela contra providencia judicial, ya que en todo caso, el Estado traslada ciertos servicios de evidente necesidad pública a los particulares para que estos las presten según normas de contenido privado, bajo el control de un juez ordinario, y excepcionalmente facultados para utilizar ciertas prerrogativas que en principio son exclusivamente del Estado, pero otorgadas a los particulares, bajo el control del juez contencioso administrativo o, subsidiariamente, bajo el control de la Corte Constitucional mediante el mecanismo de la tutela. Lo cierto es, que por más que cierta actividad se ubique en el ámbito privado para satisfacer necesidades colectivas, siempre existirá un control especial, unos parámetros de la negociación de ley y reglamentados por parte de la Administración, mediante decisiones unilaterales que garanticen el adecuado funcionamiento del servicio mediante la satisfacción universal de las necesidades para cuyo cubrimiento se requiere la prestación del mismo.

Este trabajo se ajusta al criterio de mantener un régimen especial para la contratación en sectores esenciales y sensibles de la economía, sometido a procedimientos y normas especiales para el desarrollo de los objetivos que envuelven necesidades de interés general.¹³⁵ Al punto de pensarse que, inclusive el sistema financiero debería considerarse como función pública sometida al control del juez especializado de la Administración.¹³⁶ Esta monopolizaría los préstamos, con la posibilidad de ser concesionado a los particulares en estrictos

¹³⁵ La Ley 80 de 1993, desarrolla la idea de un contrato especial para la Administración pública, el cual tienen la particularidad de ser solemne para todos los casos, esto es, debe celebrarse por escrito. Se caracteriza además por las cláusulas excepcionales (exorbitantes) en cuanto al objeto, precio y vigencia del contrato estatal.

¹³⁶ Sentencia C-037 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis: “*Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado. En Sentencia C-866 de 1999 se señala: “(...) Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos.*”

términos y bajo remuneraciones especiales; idea por supuesto casi utópica con la imposición neoliberal sobre la Constitución Política de Colombia, que ni siquiera señala la actividad financiera como un servicio público,¹³⁷ sino que tan sólo la califica como de interés público.¹³⁸

De lo expuesto, se toman con beneficio de inventario las anotaciones del profesor Jacques Chevallier:

“Tal como fue concebido y aplicado en los países anglosajones, el new public management se basa en la convicción de que la Administración pública debe inspirarse en el modelo de gestión de la empresa privada, modelo, en principio, más pujante: el repliegue del Estado de la esfera de las actividades productivas (privatizaciones) debería acompañarse del aumento de su autonomía de gestión (managerialization) y la apertura a la competencia (marketization) de los servicios conservados en el sector público; el seguimiento permanente de los medios aplicados (value for money), una gestión tornada hacia el cambio (management for change) más que hacia el mantenimiento de las

¹³⁷ Artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. Modificado por el artículo 1 Decreto Ley 753 de 1956. “(...) para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas.”

¹³⁸ Artículo 335 de la C.N: “Las actividad financiera, bursátil aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en esta materia y promoverá la democratización del crédito.” La Constitución utiliza igualmente el término de servicio público para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), (iii) La educación (art. 67 C.P.). Ahora bien, en cuanto al interés público, debe entenderse por ello la prevalencia del interés general sobre el particular, o lo que es lo mismo de utilidad pública. No obstante en el sector financiero la Corte Constitucional en Sentencia T-517 de 2006 señala: “La Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación y este principio se aplica a la actividad aseguradora. Sin embargo, hay que tener en consideración que según el art.335 de la Constitución. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito. Esto significa que la libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general. Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado social de derecho conforme al artículo 1º de la Constitución Política. La Constitución no ha calificado la actividad financiera como un “servicio público sino como de “interés público.” Según la Corte Constitucional decir que la actividad financiera es de interés público significa que esta actividad debe buscar el bienestar general. Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre interés público es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial.

*estructuras existentes (maintenance management), una gestión de los recursos humanos destinada a dar una mayor autonomía a los individuos y a los grupos (PETTIGREW, 1996) son los complementos necesarios (...) todos los países tendrán que convertirse tarde o temprano al new public management, especialmente bajo la presión del Banco Mundial.*¹³⁹

*“(...) el repliegue del Estado de la esfera de las actividades económicas implica una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho privado; las nuevas expectativas de los individuos cada vez más exigentes y reivindicativos promueven el cuestionamiento de los privilegios administrativos. Asistimos a un reajuste del ordenamiento jurídico en torno al Derecho privado, Concibiéndolo como el único verdadero derecho, el derecho de referencia, tras el cual el Derecho administrativo debe alinearse.”*¹⁴⁰

*“(...) la contestación neoliberal, desarrollada a partir de los años 1970 en relación con la crisis del Estado-provincia, encontró el surco de las críticas antiguas formuladas desde el siglo XIX. Se acusa al Derecho administrativo de ser por esencia, un derecho de desigualdad y privilegios: irremediablemente marcado con el sello de la unilateralidad, sería el instrumento de la tutela de la sociedad por el Estado; ahora bien: este modelo estatal de regulación social estaría afectado de obsolescencia, había cuenta de una concepción más exigente de la ciudadanía. La existencia de una jurisdicción administrativa solo se presenta como una herencia de la historia, cuya única justificación se basa en la dificultad de la Administración de someterse al derecho.”*¹⁴¹

Ahora bien, en relación con la Ley analizada, la 1437 de 2011¹⁴² no cabe duda que el sistema de fuentes del derecho administrativo se ha modificado;¹⁴³ se estipuló la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, lo que implica que el legislador estableció unas disposiciones jurídicas para hacer

¹³⁹ CHEVALLIER, Jacques. El Estado posmoderno, traducción de Oswaldo Pérez, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2011. pp. 127-128.

¹⁴⁰ Ibídem., p. 129.

¹⁴¹ Ibídem., p. 131.

¹⁴² Ley que derogó el Decreto -Ley 01 de 1984, por el cual fue revestido el Ejecutivo con facultades extraordinarias mediante Ley 58 de 1982.

¹⁴³ GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal. Derecho administrativo general, Ed. Marín Vieco, Medellín, 1997. p. 48. Obsérvese como ejemplo, la concepción del sistema de fuentes para el año 1997, así el profesor explicó que concentrándonos en el derecho administrativo en Colombia: “*puede decirse que la jurisprudencia no tenía importancia como fuente, en cuanto que ni los tribunales ni el Consejo de Estado crean normas de derecho, ni pueden fundamentar sus fallos directamente en otra sentencia, sino en la ley.*” (Negrilla fuera del texto original).

obligatorio directamente el precedente judicial administrativo a través de la institución de la extensión y unificación de la jurisprudencia.¹⁴⁴

Por lo apuntado en el párrafo precedente, ya no se considera sólo por vía jurisprudencial la obligatoriedad del precedente judicial, como lo viene sosteniendo la Corte Constitucional en numerosas sentencias desde 1991,¹⁴⁵ sino que el legislador lo consagró expresamente en la ley, no únicamente para considerarla vinculante, sino, también, con la intención de generar mecanismos para hacerla efectiva.¹⁴⁶

La Ley 1437 al regular la extensión del precedente jurisprudencial y la unificación de la jurisprudencia¹⁴⁷ persigue un fin constitucional fundado en la igualdad de trato en las decisiones judiciales y, por lo tanto, hace razonable que el precedente judicial tenga una *obligatoriedad relativa*,¹⁴⁸ sin embargo, la intromisión desmedida

¹⁴⁴El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. “Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado en las que se interpreten y se apliquen dichas normas.” Norma que tuvo control de constitucionalidad mediante Sentencia C-634 de 2011, Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, siempre que la jurisprudencia a tener en cuenta sea de manera preferente la de la Corte Constitucional.

¹⁴⁵ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias, línea jurisprudencial y teoría del derecho, Ed. Legis, Bogotá, 2001. pp. 30-49. Aquí se recopilan varias sentencias en las cuales reconocen la necesidad de que las jurisprudencias sean consideradas como fuente formal del Derecho.

¹⁴⁶ OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael Enrique. El proceso especial para la extensión de la jurisprudencia In XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ed. Universidad Libre, Medellín, 2013. p. 509. Considera central del nuevo código la extensión de la jurisprudencia, entre cuyos fines emerge el de hacer respetar y cumplir las decisiones judiciales.

¹⁴⁷Artículo 270 Ley 1437 de 2011. “Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996 adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” Control de constitucionalidad exequible mediante Sentencia C-588 de 2012.

¹⁴⁸ Sentencia T-1625 de 2000, Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. “Frente a los precedentes derivados de las sentencias de sus superiores jerárquicos y, en particular, de las corporaciones que están en el vértice de la estructura judicial colombiana, el juez está en la obligación de acatarlas, es decir, se aplica el principio *stare decisis*. En estos eventos, la autonomía judicial se restringe al máximo, de suerte que únicamente podrá apartarse del precedente fijado por tales autoridades judiciales si se verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto. Ahora bien, este sometimiento a las decisiones de los altos tribunales, salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, no puede entenderse de manera absoluta, pues con ello se anularía por completo el principio de autonomía judicial y, además, la jurisprudencia se tornaría inflexible frente a los cambios sociales. De ahí que sea imperioso admitir, que en los eventos en que el precedente sea aplicable para solucionar el caso, el juez está autorizado, mediando una debida y suficiente justificación, para apartarse de la posición del órgano superior, cuando existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica.”

de la Corte Constitucional cuando ejerce un control aun en los eventos de sentencias de unificación de jurisprudencia en materia ordinaria y administrativa,¹⁴⁹ en las que no se discute necesariamente una vía de hecho, genera la problemática de que la Corte Constitucional, se itera, puede estar centralizando la función pública de la Administración de justicia mediante la tutela contra providencia judicial, circunstancia que configura la inconstitucionalidad implícita de las mismas providencias de la Corte Constitucional pues varía la estructura de la Administración de justicia, ya que centraliza su funcionamiento finalmente en esta última institución.¹⁵⁰

Ahora bien, los problemas de la falta de unificación de la jurisprudencia más próxima¹⁵¹ se dan por medio de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando fueron creados los juzgados administrativos y se integraron como nivel inferior de la estructura de la jurisdicción especial. Dicha sistematización originó un

¹⁴⁹ Lo que los periodistas llaman *choque de trenes*, por la intromisión de la Corte Constitucional en las decisiones judiciales de las otras jurisdicciones.

¹⁵⁰ Consideramos que **la teoría del auto control es ineficaz para limitar el poder**, es un maquillaje para conservar el poder en la toma final de decisiones, pues delimitar cuando es razonable la decisión y cuando esta por fuera de lo razonable es **una situación subjetiva que puede ser manipulada por la Corte Constitucional pese a exponer en Sentencia**. Su -353 de 2013, Magistrada. ponente: María Victoria Calle Correa. “La Corte Constitucional no es la autoridad en principio encargada de determinar cómo debe definirse si un daño puede imputársele a una persona jurídica de derecho público. Esa función está radicada en la justicia contencioso-administrativa sobre todo en casos como este, cuando el pronunciamiento lo provocan las acciones de reparación directa (artículos 132-6, 133 y 134B-6, C.C.A). Lo que ocurre es que la Corte Constitucional tiene la obligación de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, y como consecuencia de ese deber le corresponde intervenir y controlar las decisiones judiciales en procesos de reparación promovidos contra el Estado, cuando juzgue razonablemente que infringen la Carta, por ejemplo por condenar a alguna de sus entidades sin que estén dadas las condiciones establecidas por los artículos 29 y 90 de la Constitución Política. O por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de forma pacífica que **la acción de tutela no puede ser un mecanismo que sirva para que el juez constitucional pueda desplazar al juez ordinario en la decisión de la respectiva causa**”; y en este sentido, **si se trata de una interpretación jurídica razonable, el juez de tutela no puede interferir la decisión judicial, so pretexto de estar defendiendo la Constitución**. Más aún, tratándose de los máximos órganos de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los eventos de procedencia del amparo resultan más restrictivos y excepcionales.” (Subrayado fuera del texto original).

¹⁵¹ Los problemas de unificación remotos los encontramos con la Ley 169 1896, implementa reformas judiciales como el de la casación en su artículo 4º: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones administrativas.” En cuanto al contencioso administrativo, con el extinto recurso de súplica que se interponía ante la Sala plena del Consejo de Estado, la Ley 11 de 1975 establece en el artículo 2: “habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo contencioso administrativo respecto del auto interlocutorio o de las sentencias dictadas por una de las secciones en lo que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoge a doctrina contraria a alguna jurisprudencia.” El acuerdo 2 de 1971, que contenía el Reglamento del Consejo de Estado señalaba, en el artículo 13, que la jurisprudencia, en materia contencioso-administrativa, consiste en dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho. Por su parte la Ley 954 de 2005 en su artículo 2º señaló: “Recurso extraordinario de súplica: Derógase el artículo 194, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, del Código Contencioso Administrativo.”

efecto de desarticulación de la jurisprudencia. Competencias del Consejo de Estado pasaron a ser de los tribunales y competencias de los tribunales a los jueces administrativos unipersonales. Lo anterior implicó que el Consejo de Estado, como máximo tribunal, dejara de conocer asuntos en apelación, para otorgar dicha competencia a los tribunales en segunda instancia. Así las cosas, treinta y dos tribunales administrativos profiriendo sentencias en segunda instancia, sin recurso extraordinario de casación, generan multiplicidad de criterios jurídicos, inadmisibles en un Estado unitario- desconcentrado y protector de los derechos fundamentales, y se afectan, por añadidura, la seguridad jurídica y la igualdad.¹⁵²

En palabras de Sarmiento Erazo, tenemos: *“La jurisdicción contencioso-administrativa no cumple la tarea de unificación por vía de casación, como sí pasa en otras experiencias comparadas, como la francesa. Según las normas que se citarán a continuación, es un tribunal de cierre el que define los alcances y hace los aportes últimos del derecho administrativo como juez de instancia, pero no de casación. Aunque compartió recursos de unificación muy particulares, como lo son el de súplica y de revisión, que lo han ido acercando a convertirse en un juez centralizador de la producción jurisprudencial, es el recurso de unificación jurisprudencial el que ha desplegado un poder creador especial.”*¹⁵³

No obstante, el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 si bien se refiere al recurso de súplica, lo hace con una naturaleza completamente disímil o de manera ordinaria, como mecanismo para atacar autos que pueden ser apelables y contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario. El recurso extraordinario de súplica regulado por el comentado Decreto 2304 de 1989, retomado por la Ley 11 de 1975 y por la Ley 446 de 1998, podría pensarse innecesario, dado que el *“recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia”* que permite, como se expondrá a continuación, convertir al Consejo de Estado en un tribunal de cierre con competencias explícitas relativas a la unificación jurisprudencial.

En este sentido, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, según lo dispuesto en el artículo 256 de la Ley 1437 de 2011, tiene fines precisos, entre ellos: *“asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes.”* Se establece también que el efecto de los fallos se extienda hasta los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, si es del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos

¹⁵² CHAHÍ LIZCANO, Guillermo. Seminario internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, memorias, Bogotá, 2011. pp. 375-376.

¹⁵³ SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. El surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia, entre la centralización, la inmunidad administrativa y el control del poder. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, filosofía e historia del derecho. Ed. Temis, Bogotá D.C., 2010. pp. 505-536.

procesales. En otras palabras, la sentencia de unificación tiene como causal única el desconocimiento de un fallo de unificación previamente decidido por el mismo Consejo de Estado.

Con la nueva institución de la extensión y la unificación de la jurisprudencia, consagrada en **el artículo 102** del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se busca solucionar definitivamente el problema de la multiplicidad de criterios; pero dicha reforma presenta tres problemas: el primero consiste en que el proceso de unificación planteado por la ley no respeta la autonomía judicial;¹⁵⁴ el segundo, la pérdida de autonomía de la discrecionalidad de la Administración; y en tercer lugar, la Corte Constitucional interfiere cada vez más en la jurisdicción del juez administrativo. Esta situación, desde nuestro punto de vista, es delicada, puesto que en un Estado el poder de contrapeso no debe estar concentrado en pocas manos, en especial en las de los jueces de la Corte Constitucional.

Conclusiones de capítulo

- 1) El paso de la justicia retenida a la justicia delegada, significa no otra cosa que el control de la Administración en manos de los jueces para combatir la inmunidad del poder, es decir, pasa el propio control de las mayorías a un poder independiente y autónomo. El proceso fue paulatino precisamente por el recelo hacia los jueces en dicha intervención, por temor a entorpecer la función administrativa, pero lo cierto es, que cuando se consolida el control de la función administrativa por parte de los jueces, ésta ejerce una enorme influencia en otros países continentales y latinoamericanos para garantizar los derechos fundamentales.
- 2) En Colombia se dio gran importancia al papel del juez en los asuntos administrativos especialmente con la introducción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde paulatinamente el juez va adquiriendo competencias y se viene fortaleciendo cada vez más para participar en la

¹⁵⁴ En Sentencia C-588 de 2012, Magistrado ponente: Mauricio Gonzales Cuervo. La Corte decidió declarar la constitucionalidad al señalar: “(...) *la decisión del Legislador, de limitar a las sentencias de unificación jurisprudencial el mecanismo de extensión de jurisprudencia, adoptada en el amplio ámbito de su potestad normativa, no viola los preceptos de la Constitución que señala el demandante.*” No obstante lo anterior, consideramos que podría declararse la inconstitucionalidad parcial del artículo por otros cargos como lo sería la violación al principio de desconcentración de la Administración de justicia, dado que, por lo menos en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, se está haciendo un quiebre al principio de autonomía judicial cuando señala que el Consejo de Estado **podrá asumir los asuntos pendiente de fallo** de oficio o a solicitud de parte, como si fuera la **institución de la delegación** la que rige la Administración de justicia y no la propia desconcentración, donde la distinción de estas instituciones consiste en que en la institución de la delegación se reasume la competencia en cualquier tiempo y en la otra, no. Pensamos que por lo menos debe respetar la competencia del juez en la cual se sometió la decisión del asunto.

actividad administrativa, especialmente con la introducción de la Ley 1437 de 2011.

- 3) La importancia del juez especializado de la Administración radica no sólo por pertenecer a un derecho especial diferente al derecho común, sino por su plena relevancia en la teoría de separación de poderes, y por la consiguiente necesidad de contar con una justicia desconcentrada y autónoma.
- 4) Por otro lado, aunque se pretenda alcanzar ciertas finalidades por medio del derecho privado, lo cierto es que el Estado al tener el deber de control y vigilancia por medio de entes administrativos, proferirá actos administrativos tendientes a regular el sector, y por consiguiente surge allí un derecho especial.

CAPÍTULO 2 EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO ANTE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN

La Administración se vale en mayor o menor medida de normas especiales para expedir los actos administrativos, así como para controlarlos por parte de los jueces especializados. A su turno, la Administración se puede regir por normas comunes al proferir actos comunes para alcanzar los fines de Estado y someterse al control del juez ordinario, ya sea porque sus contratos son los mismos que los particulares y su responsabilidad también, pero sin perder de vista que en todo país existen leyes especiales que organizan la actividad del Estado, describen sus órganos y se fijan en un estatuto, aunque en la práctica, como hace décadas lo señaló el profesor Rivero, se tiene que hasta Inglaterra ha empezado a modificar esta posición tan privatista.¹⁵⁵

Ahora bien, la distinción entre derecho público y derecho privado es discutible. A lo largo de los años se han planteado teorías limitadoras, entre las cuales Mariou expone las tres más sobresalientes en la actualidad:

- *“La teoría de los intereses; se basa en la naturaleza intrínseca de la norma, esto es, en los intereses perseguidos por las distintas normas. Según la teoría, las normas de derecho público sirven a los intereses públicos, mientras que las demás normas privadas sirven*

¹⁵⁵ Rivero, Jean. Derecho Administrativo, Ed. Universidad Central, Caracas, 1984. p. 17.

a los intereses individuales. Según la profesora, este elemento es esencial pero no hace una distinción precisa porque muchas normas toman en consideración tanto intereses públicos como privados, contrapuestos o coincidentes. Igualmente, consideramos, para complementar lo antes dicho, que las normas del Código Civil y Comercial pueden cumplir una función de interés público, que consiste en mantener el orden en formas privadas de resolución de conflictos.

- *La teoría de la subordinación parte de la relación de los sujetos implicados. El derecho público se caracteriza por la relación de superioridad –subordinación, y el derecho privado por el de la igualdad, la medida vinculante unilateral (ley o acto administrativo) sería típica del derecho público, y el contrato típico del derecho privado. Ahora bien, consideramos, complementando lo expuesto por la autora, que esto último es cierto, siempre que este no conste de prerrogativas especiales de la Administración que atienda intereses generales. Empero, señala la autora que en el derecho privado hay posibilidad de que se presenten relaciones de subordinación.*
- *La teoría de la atribución formulada por Hans J. WOLFF parte de los sujetos a los que se atribuyen distintas normas. son aquellas normas que solo pueden ser atribuidas al Estado o a otro sujeto revestido de autoridad; forman parte, en cambio, del derecho privado, las normas que correspondan a cualquier sujeto. El derecho público es así el derecho exorbitante de la acción del Estado, y el derecho privado es el de todos los individuos incluyendo al Estado cuando se comporta como particular. La referencia a la autoridad es el criterio determinante, puesto que conecta las diferentes funciones del derecho público y el derecho privado.”¹⁵⁶*

Por consiguiente, cuando hablamos del derecho público hablamos preponderantemente del derecho de la desigualdad y cuando hablamos del derecho privado hablamos del derecho de la igualdad.¹⁵⁷

¹⁵⁶ HARTMUT, Mariou. Derecho administrativo alemán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2012. p. 45. Mírese también la siguiente página web en donde se tiene acceso al libro en PDF: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3143>.

¹⁵⁷ PARADA, Ramón. Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008. p.19.

Desde el punto de vista del surgimiento histórico de la clasificación antes enunciada en el presente acápite, el autor italiano Cerroni apunta:

“El binomio entre derecho privado y derecho público, por consiguiente, se presenta en el mundo moderno como un binomio, por así decir, estable, no resoluble, cuyos dos términos –aunque se armonizan en una relación histórica no variable- no sólo se condicionan, sino que se postulan recíprocamente. En este sentido, si bien es cierto que “sin derecho público no es posible el derecho privado, es igualmente cierto que aquél no es posible sin éste, es decir, que la moneda constitutiva del Estado moderno es...el individuo. La aparente ambigüedad de esta revelación puede desaparecer si estamos de acuerdo con Solari en que la relación entre el derecho privado y el derecho público no es más que un aspecto de la relación originaria fundamental: individuo y Estado. Esta formulación sirve, entre otras cosas, para profundizar el análisis de nuestro problema al margen de los esquemas del derecho positivo, en el núcleo de las articulaciones más profundas de la sociedad moderna, en la que hallan su más plena expresión histórica tanto la noción del individuo libre, autónomo e independiente, como la del Estado-persona, privado de toda determinación social y exaltado a su politicidad pura. Existe un claro paralelismo entre el desarrollo completo de la separación entre el derecho privado y derecho público –característico de la era moderna- y el desarrollo de la otra relación entre individuo y Estado, hasta el punto de que puede afirmarse que una plena sistematización “teórica” de esa división –que ha ocurrido, como sabemos, en una época bastante reciente- resulta “posible” cuando llega a su pleno desarrollo “práctico” el proceso de separación del individuo con respecto al grupo social –con la eliminación de los vínculos personales de dependencia recíproca y directa- y, por consiguiente, al mismo Estado.”¹⁵⁸

Es posible entonces, confirmar la existencia de dos tipos de normas jurídicas, aquellas que pertenecen a la categoría del derecho público y aquellas que pertenecen a la categoría del derecho privado. Debe descartarse la idea de que hay más coincidencias que divergencias en dicha división.¹⁵⁹ No obstante, este

¹⁵⁸ CERRONI, Umberto. La libertad de los modernos, Ed. Martínez Roca S.A., Barcelona, 1973. p. 83.

¹⁵⁹ SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo. el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 2010. p. 59-60. “En la actualidad, la división del derecho público-derecho privado abarca desde el debate jurídico teórico hasta la cátedra universitaria; habrá que determinar en qué medida dentro del ordenamiento jurídico, es decir, desde un punto de vista intra-sistemático, es posible afirmar la existencia de dos tipos de normas jurídicas, aquellas que pertenecen a la categoría del derecho público y aquellas que pertenecen a la categoría del derecho privado... en la discusión latente sobre el tema, encontramos cuatro respuestas en la doctrina, advirtamos que algunos de sus exponentes, podrían comulgar perfectamente con

estudio adquiere pleno sentido cuando atribuye competencia al juez especializado de la Administración.

Por su parte, el maestro Fabián Marín Cortés señala que el derecho público no desaparecerá en bloque, en el mediano ni en el largo plazo, es decir, permanecerá, en beneficio del interés general, pese a seguir siendo influido por el derecho privado y sufrirá transformaciones importantes. La distinción entre el uno y el otro, como blanco y negro, no parece tan radical, por lo cual aparecen entre ellos zonas grises. Agrega el nombrado tratadista que *“lo que sí damos por descartado, y consideramos inaceptable como respuesta, es que surja un derecho privado reforzado, aplicable al Estado, porque es claro que este régimen jurídico es el propio de las relaciones jurídicas privadas, ya que, como dice Radbruch, él recoge (...) un rasgo que caracteriza el individualismo que gobierna el procedimiento civil el rigor con que se aplica el procedimiento de negociación. Este principio convierte al proceso en un libre juego de fuerzas entre las partes contendientes, como si los litigantes fuesen dos jugadores de ajedrez de fuerzas equilibradas, dos adversarios ingeniosos, guiados por un egoísmo bien entendido, situados ambos en un plano de igualdad y que necesitan para nada la ayuda del juez. Más adelante agrega que (...) al descender al terreno de la realidad jurídica, la libertad de ser propietario se convierte, en manos, económicamente, del más fuerte, de una libertad para disponer de cosas, en una libertad para disponer de hombres, ya que quien manda sobre los medios de producción, es decir, sobre las posibilidades de trabajo, tiene también sobre sus manos la palanca de mando sobre los trabajadores. La propiedad, cuando, además de conferir a quien la ostenta un poder sobre las cosas, le atribuye un poder sobre los hombres, se le llama capital.”*¹⁶¹

Por lo anterior el derecho laboral, no es tan privado como presuntamente se lo cataloga, está compuesto por normas de orden público, como el salario mínimo. así como otras disposiciones. Por consiguiente pese a que las relaciones son privadas, lo cierto es que el régimen está permeado por una disposición unilateral del Estado o de carácter público, que no deja espacio a la libre negociación de estrategias como la libre oferta y demanda.

dos de las respuestas: i) aquella que afirma que existe la división; ii) en el medio aparecen aquellas posturas según las cuales es dudosa la existencia de un fundamento sobre el cual construir la división del derecho público y el privado, pero consideran la misma como de gran utilidad práctica y teórica, iii) en otro extremo se ubican por su parte aquellos autores para quienes entre el derecho público y el privado hay más coincidencias que divergencias; y según los cuales una tal división no puede ser fundamentada extra-sistemática ni intra-sistemáticamente, y iv) una postura un poco aislada, residual de la cual sólo encontramos su enunciación y que habla de una tercera rama del derecho: mixta.”

¹⁶¹ CORTÉS, Fabián Martín. En público y privado. Las transformaciones del derecho del Estado y de la empresa, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2010. p. 227.

Por ahora, podemos decir que el Estado en la relación con sus ciudadanos opta por una normatividad de carácter especial o exorbitante diferente a la ordinaria entre los particulares, no obstante, aunque puede mezclarse con normatividad privada, siempre ostentará un núcleo de carácter público, tal cual sucede con el derecho laboral.

Ahora bien, en lo relacionado con la jurisdicción, el profesor Díaz Díez alude a la jurisdicción contencioso administrativa, haciendo énfasis en uno de sus capítulos sobre el papel protagónico que tiene dicha jurisdicción sobre asuntos ordinarios. Señala que ya no es la Corte Constitucional la que desdibuja la armonía jurídica, sino el legislador, que ha pasado por alto la cláusula constitucional que asigna el conocimiento de temas ordinarios a jueces administrativos,¹⁶² aspecto que según este autor quiebra la dualidad de jurisdicciones. Así surgen múltiples conflictos de competencia que afectan la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, situación que se buscó solucionar con la introducción del criterio orgánico a través de la Ley 1107 de 2006. Sin embargo, el criterio material siguió operando en relación con los privados que ejerzan funciones propias del sector público. No obstante, el art. 104 de la Ley 1437 de 2011 revive la discusión al consagrar una mezcla de 4 criterios: el orgánico, el material, el de derecho positivo y el del régimen jurídico especial.¹⁶³

Señala el profesor Díaz Díez que como es el legislador quien desarrolla la competencia o el contenido de las materias sobre las cuales se ejerce dicho control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, se concluye que la ley se convierte en la fuente de la huida de ciertos asuntos administrativos a los jueces ordinarios, con lo cual la reserva constitucional se debilita, debido al dominio preponderante del Congreso de la República. Ese fenómeno de la privatización de los distintos sectores de la economía de mercado pretende legitimar a la jurisdicción ordinaria como ente de control de los actos del sector público, acercándonos al modelo norteamericano y anglosajón del control jurisdiccional de las autoridades.¹⁶⁴

Remitiéndose Díaz Díez a las afirmaciones del profesor Suárez Tamayo, alude a *“la tendencia de someter la Administración Pública o algunas de sus actividades al régimen del derecho privado, o el acudir cada vez más a formas privadas (entes*

¹⁶² ARAUJO OÑATE, Rocio. La justicia administrativa en la Constitución Política de 1991. In Retos y perspectivas del Derecho Administrativo, segunda parte, RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009. p. 406. comparte la misma apreciación del aumento del catálogo de funciones jurisdiccionales ordinarias al juez contencioso administrativo.

¹⁶³ DÍAZ DÍEZ, Cristian. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control jurisdiccional especializado de la Administración pública, dentro del Estado de Derecho y la democracia, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA), Universidad de Antioquia, Medellín, 2013. p. 413.

¹⁶⁴ Ibídem., pp. 415- 416.

instrumentales como lo serían, por ejemplo, las sociedades), buscando con ello supuestamente mayor agilidad, eficiencia y eficacia en la gestión.”¹⁶⁵

Siguiendo las líneas antedichas, señala Carrillo Donaire que la intromisión del Estado después de la Segunda Guerra Mundial para fortalecer los derechos sociales, económicos y culturales, generó un movimiento especial del derecho administrativo en la manera de intervenir en la economía; la jurisdicción contencioso administrativa perdió terreno en ciertos temas que pasaron a ser tratados por la jurisdicción ordinaria como los llamados servicios públicos, sectores industriales y comerciales o los contratos estatales sin cláusulas exorbitantes, circunstancia que hace difícil separar el derecho público del derecho privado.¹⁶⁶

Por lo expuesto el profesor Díaz Díez señala: *“dentro de los campos en los cuales ha logrado concretarse esta huida pueden mencionarse, sólo a título de ejemplo, el sometimiento al derecho laboral privado de los servicios públicos, la prestación de servicios públicos bajo formas del derecho privado, la aplicación del derecho civil y comercial a los procedimientos de la contratación pública y la creación de sociedades interpuestas a las que se encomienda la gestión de infraestructura y obras públicas.”¹⁶⁷*

Díaz Díez afirma que de conformidad con el pensamiento del profesor Del Saz: *“la huida de la actividad administrativa del derecho administrativo en un intento de conseguir mayor eficacia a costa de evitar los controles e intervenciones que implique el derecho público, y a costa, también, de una drástica reducción de las garantías de los administrados,”¹⁶⁸* debe en todo caso, alertar a los doctrinantes en reivindicar la jurisdicción contencioso administrativa, plena y especializada. La solución no es la evasión sino justamente perfeccionar los procedimientos. Ahora bien, agrega el mismo profesor que salvo algunos temas que gozan de asignación específica¹⁶⁹ al contencioso administrativo, en Colombia, la cláusula general de competencia para determinar el objeto de la jurisdicción administrativa recae en el Congreso de la República, que goza de libertad para elegir entre la jurisdicción

¹⁶⁵ SUAREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo, el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo. Colección Mejores Trabajos de Grado, No 5. Medellín: Universidad de Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. p. 82.

¹⁶⁶ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799.1999) *In* Revista de Administración Pública, Madrid, No 153, septiembre- diciembre, 2000. p. 529.

¹⁶⁷ DÍAZ DÍEZ, Cristian. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, ob. Cit., p. 420.

¹⁶⁸ DEL SAL, Silva. Desarrollo y crisis del derecho administrativo, Su reserva constitucional *In* Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios, Ed. Civitas, Madrid, 1992. p. 168.

¹⁶⁹ Entre dichos temas cabe mencionar el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, cuya competencia no le corresponde a la corte constitucional de los decretos dictados por el gobierno nacional, de los casos de pérdida de investidura de los congresistas, de la acción de nulidad electoral (art 237 CN) y de la suspensión provisional de los actos administrativos (art 238 CN).

ordinaria o la jurisdicción especializada. *“En otros términos la constitución da al legislador vía libre para la consagración de un sistema de dualidad de jurisdicciones.”*¹⁷⁰

Continúa el profesor Díaz Díez: *“cabe la posibilidad de que el legislador, como lo ha hecho tantas veces, encomiende a la jurisdicción común la resolución de los litigios relacionados con otras categorías de derecho administrativo, como los contratos estatales, los servicios públicos domiciliarios, el régimen laboral de los servidores públicos, la responsabilidad extracontractual del Estado e, incluso podría darse el evento en que permitiera a los jueces ordinarios pronunciarse sobre la nulidad de actos administrativos, pero sin la facultad de suspenderlos provisionalmente, pues, si la reserva constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa prevista en el artículo 238. (...) no obstante, el juicio de legalidad de los actos administrativos debería estar asignado siempre a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues si el artículo 238 de la Constitución encomendó a esta especialidad jurisdiccional la facultad de suspender provisionalmente los actos administrativos y no a la jurisdicción ordinaria, el legislador actuaría de manera inconstitucional si radica en este último orden jurisdiccional la potestad de anular los actos administrativos. (...) Situación jurídica sobre la que, desde nuestro punto de vista, debería estipularse de manera expresa la reserva de inconstitucionalidad en materia de la nulidad de los actos administrativos en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.”*¹⁷¹

En otro orden de ideas, el origen de los ataques principales a la jurisdicción administrativa reside en considerarla como un fuero injustificado y como una ruptura de la igualdad ciudadana, la cual tiene asidero en la Revolución Francesa, pues la posibilidad de juzgar a la propia Administración fue sustraída de los jueces ordinarios para otorgársela al Consejo de Estado, por lo que podríamos afirmar en ese contexto, que sí había un privilegio en cabeza de los funcionarios administrativos; pero, en todo caso, no es acertado considerar que para la época los ingleses tuvieran un desarrollo claro de la responsabilidad de la Administración a pesar de la coloquial afirmación surgida después de la revolución de 1688: *la igualdad ante la justicia de todos los sujetos, incluida la Administración*, porque el sistema anglosajón padece también de múltiples debilidades, recordemos una de ellas: *“the king can not be wrong: el soberano no puede equivocarse”*

No obstante, nos apartamos de la crítica del profesor precitado, consistente en que el funcionario tiene una especie de fuero, porque, según Díaz Díez, en la actualidad, en el momento de juzgar patrimonialmente, sólo se tiene en cuenta a la

¹⁷⁰ DÍAZ DÍEZ, Cristian. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, ob. Cit., p. 427.

¹⁷¹ Ibídem., pp. 427-428.

persona jurídica Estado, pero no a sus funcionarios quienes no asumen responsabilidad patrimonial alguna; evento que en Colombia se descarta por la presencia de las acciones de repetición¹⁷² y de responsabilidad fiscal adelantadas por la Contraloría General de la República¹⁷³ así como por las de responsabilidad disciplinaria.

Igualmente, en cuanto a la justificación de la Administración, consideramos correcto el pensamiento del profesor Libardo Rodríguez, quien considera que la justificación de la existencia de una jurisdicción administrativa depende del mantenimiento de un régimen especializado, porque si no hay diferenciación entre derecho público y el privado, **no tendría fundamento lógico el mantener vigente la dualidad de jurisdicciones**,¹⁷⁴ en razón de que, en el primero, la normatividad gira en torno a los intereses generales y en el último, en torno a los intereses privados.

Del mismo modo, considera Pochard que la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa *“deriva directamente de la idea de la res pública, es decir, de un interés público distinto de los intereses privados, y de la necesidad de hacer prevalecer este interés público gracias a las prerrogativas del poder público confiadas a las autoridades públicas, lo que justifica en último término un procedimiento contencioso especializado.”*¹⁷⁵

En todo lo señalado, se funda nuestro interés resaltar una de las afirmaciones del profesor Díaz Díez, en su libro *La jurisdicción de lo contencioso administrativo* relativa a cómo justifica esta jurisdicción para juzgar la Administración, en cuanto que esta última jurisdicción se aleja directamente de nuestra argumentación principal cuando sostiene que su justificación *no guarda relación con el principio de separación de poderes*,¹⁷⁶ siempre que se lo interprete en la antigua concepción clásica de la no intromisión de los jueces en la Administración, pues hoy es clara la necesidad de controlar la actividad administrativa; empero, la idea de separar el poder judicial del poder administrativo sigue siendo una idea valiosa en la distribución de funciones, que sólo es coherente en los lineamientos y propuestas de esta tesis, admitiendo la necesidad del juez especializado de la Administración, que en todo caso debe respetar la discrecionalidad del poder administrativo dentro del sistema democrático,¹⁷⁷ entendido éste como ese

¹⁷² Artículo 90 de la C N. Artículo 142 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁷³ Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011.

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Origen y evolución de la jurisdicción. Ob. Cit., pp. 55-56.

¹⁷⁵ POCHARD, Marcel. La evolución de lo contencioso administrativo en el mundo *In* Memorias-Seminario Franco- Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado francés, Bogotá, 2008. p. 33.

¹⁷⁶ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ob. cit., p. 489.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ, Mauricio. La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009. p. 54-56. Quien, apoyándose en FERRAJOLI, en su libro titulado Una discusión sobre derecho y democracia, p.

equilibrio de la decisión de un organismo políticamente responsable, el cual representa el voto de las mayorías, y, por tanto, su discrecionalidad aparece legitimada por esas mismas mayorías, y a su vez, consolidada por el contrapeso de unos jueces no políticamente responsables, quienes verifican que las decisiones respaldadas por la mayoría no sobrepasen el núcleo esencial de los derechos fundamentales; y que, en todo caso, cuando el juez juzga a la Administración es un co-administrador porque en un Estado constitucionalmente democrático la Administración debe ajustarse a los parámetros señalados por la ley y por la Constitución, y cuando el juez se pronuncia si en algún momento la Administración los vulnera, indudablemente el juez juega un papel trascendental en la Administración. Por tanto, permitir que el control judicial sobre la Administración esté a cargo de los mismos jueces-como sucede en el caso colombiano con la Corte Constitucional, quienes finalmente controlan la última decisión de la actividad estatal, esto es la legislativa, la administrativa y la propiamente judicial- es transgredir precisamente la tesis de que una persona o un grupo de personas no concentren los tres poderes, porque juzgando se administra, se legisla y se condena.

Por otro lado, Díaz Díez, al defender la jurisdicción especializada, se inquieta, entre otros, con el siguiente interrogante, y al cual responde negativamente: *“¿si el derecho administrativo nació del juez contencioso- administrativo, qué sentido tiene encomendar ahora su aplicación al juez ordinario?”* Agrega argumentos a favor de la especialidad del juez contencioso así: *“Si el Estado no es igual que los ciudadanos, y no puede equiparse a estos porque, en principio, el interés general debe primar sobre los intereses egoístas del hombre ¿se justifica entregar los litigios contenciosos administrativos a jueces acostumbrados a juzgar relaciones homogéneas, es decir, conflicto entre particulares, sin afectar el desarrollo de la actividad administrativa? (...) ¿se justifica liberar al Estado de esta atadura, para sujetarlo con los hilos, más flexibles, que el derecho privado y su jurisdicción ordinaria le brindan? (...) ¿se justifica en estos momentos introducir el sistema monista anglosajón, en el cual el juez ordinario es quien controla la actividad administrativa?”*¹⁷⁸

Frente a estos interrogantes se considera, que para un régimen especial se requiere de un juez especial, así como para un régimen común se requiere de un juez ordinario. En el régimen de derecho público lo indicado es contar con un juez especializado; no obstante, no habría objeción para que un juez común conozca asuntos públicos, pero, se insiste, lo más indicado es contar con el juez

103, hace una redefinición del concepto de democracia, así como una reflexión del poder contra-mayoritario de los jueces.

¹⁷⁸ Ibídem., pp. 490-491.

especializado de la Administración en armonía con el principio de separación de poderes.

Al proseguir con el tema de qué debe entenderse por derecho privado aplicado a la Administración y a la jurisdicción, la profesora Malareti García resalta lo siguiente: *“(…) cuando hablamos de las formas de derecho privado, lo que estamos señalando es que crece el espacio del contrato frente a la forma típica de la Administración que es el acto administrativo; o que para la construcción y gestión de infraestructuras deja de recurrirse al contrato administrativo (esto es, al contrato en el que se han insertado prerrogativas que modulan su ejecución) y se instrumentan las relaciones mediante los contratos ordinarios. Evidentemente cuestión distinta es la de la formación de la voluntad de la Administración, esto es, la fase previa al contrato en la que evidentemente no cabe hablar del recurso al derecho privado, puesto que las peculiaridades del sujeto, sus condiciones del poder público le imponen constitucionalmente el respeto a determinados principios en su quehacer; estos principios pueden sintetizarse en la trilogía de igualdad, publicidad y concurrencia, y en tanto que principios constitucionales vinculan con independencia de la forma jurídica adoptada para la relación de una tarea propia del giro o tráfico de la Administración (retomando una expresión clásica en nuestro derecho administrativo), criterio que evidencia la solución adoptada por el legislador comunitario en materia de contratos públicos.”*¹⁷⁹

Complementando lo pre-anotado, consideramos con entera convicción que para la formación de la voluntad del Estado en la contratación, se requiere un procedimiento especial que module el principio de la autonomía de la voluntad privada del régimen común. Así, para alcanzar la vinculación contractual, sea con o sin prerrogativas, entre el Estado y el particular, se requiere de un procedimiento especial que garantice la participación transparente en dichas relaciones. Si esto es así, no es del todo cierto que el sistema inglés se rija por las mismas normas comunes para celebrar contratos, sino que surgen aristas como las planteadas, ya que no puede, en principio, contratar de manera directa como una empresa libre en el mercado. (Mirar la directiva de la Comunidad Económica Europea 18/2004 en materia de contratación pública, la cual establece procedimientos especiales para contratar con los agentes económicos de toda la unión).

En ese orden de ideas, la catedrática Malareti García señala: *“en consecuencia, es en esa perspectiva en la que me sitúo y para ello me*

¹⁷⁹ MALARETI GARCÍA, Elisenda. El derecho de la Administración pública: derecho público y derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales *In* Derecho público y derecho privado en la actuación pública, Ed. Marcial Pons, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1999. p. 9.

parece que es preciso no olvidar en ningún momento que el gran reto del derecho administrativo como derecho peculiar, como derecho propio de la Administración, ha sido siempre aunar garantías y eficacia. Los orígenes del derecho administrativo están precisamente en dotar a la Administración de un instrumento que le permita realizar con eficacia el interés general y para ello el derecho privado no parecía útil, no parecía adecuado. Y esta necesidad no puede perderse de vista, pues éste ha sido siempre el gran reto del derecho administrativo y una de las causas de su surgimiento como ordenamiento específico, si el objetivo hubiera sido única y exclusivamente la garantía de las posiciones subjetivas de los ciudadanos, la cuestión no se hubiera planteado en términos de nacimiento de un derecho propio, de un derecho singular, de un derecho que otorga a la Administración, precisamente de unas prerrogativas distintas de los particulares (la referencia a Dicey parece inexcusable).¹⁸⁰(subrayas fuera de texto)

La tratadista en comento afirma, igualmente, que el control de la Administración puede ejercerse por medio de cualquier jurisdicción, aunque cuestión distinta es la confianza que nos ofrezca la jurisdicción ordinaria, a través de los procedimientos ordinarios,¹⁸¹ los cuales no son procedimientos y normas tan ordinarios, como se debatirá en la siguiente subsección. Pero antes se debe resaltar que “(...) *la Administración es un poder, tiene prerrogativas, interviene unilateralmente o incluso cuando actúa mediante acuerdo o contrato se coloca en una posición singular, el art. 105 CE establece un procedimiento especial de adopción de decisiones para este sujeto peculiar que es la Administración pública. Este precepto evidencia la necesidad de una visión sustantiva y no formal como a veces hemos tenido en nuestro sistema del procedimiento. El procedimiento no sólo un elemento del acto, unas formas para cubrirse. La existencia de determinadas actuaciones, de ciertas consultas responde a los requerimientos propios del proceso de formación de una decisión que supone la plasmación del interés general.*”¹⁸²

Las características del derecho administrativo colombiano y europeo a finales del siglo XIX concuerdan en atribuirle a la Administración poderes exorbitantes, fenómeno que hace del derecho administrativo un derecho especial, distinto del privado, porque se funda en una radical desigualdad, unilateral y singular. Lo que conduce a especies distintas de propiedad, a contratos y responsabilidades,

¹⁸⁰ Ibídem., p. 13.

¹⁸¹ Ibídem., p. 13.

¹⁸² Ibídem., p. 21.

propios de este derecho y diferentes de las del privado. *“El derecho administrativo salió así del dominio del derecho privado, que había hecho hasta ahora de amo, y constituyó un sistema propio de reglas y principios, donde la contractualidad y el consentimiento resultaban limitados por la presencia de un derecho que tenía más peso. Se formaba así, la dicotomía derecho administrativo- derecho civil.”*¹⁸³

El fenómeno indicado se desarrolla bajo la presión de dos fuerzas, la de los intereses y la de las ideologías; los primeros empujan el derecho administrativo a asumir formas privadas para facilitar la acción administrativa, entrabada por los vínculos del derecho público; la segunda fuerza opera del mismo modo que las corrientes liberales del siglo XIX a favor de la limitación del imperio del derecho especial y de la sustracción de la Administración del derecho privado, considerado más acorde con el régimen de libertad. El resultado de estas fuerzas no actúa en el sentido de la simple sustitución del derecho privado por el derecho administrativo. En primer lugar, el derecho privado resulta preponderante como forma, y no como sustancia; la disminución del derecho administrativo ante el derecho privado opera por las formas para adoptar decisiones, pero son dominadas por el sujeto público, y por tanto, por la voluntad pública. En segundo lugar, la difusión de formas de colaboración y consenso entre autoridades públicas y particulares no convierten, sin embargo, las posiciones de sujetos públicos y del privado en más simétricas. Y finalmente, esta atenuación de las diferencias no reduce el dualismo de los derechos, realizando el sueño imposible de quienes lo desaprueban en nombre del monismo: el dualismo permanece aunque en formas distintas.¹⁸⁴

Ahora bien, la injerencia de las fuerzas del derecho privado sobre la Administración no deben descalificarse en absoluto: al contrario, de ella deben destacarse sus virtudes para mejorar o ajustar el pensamiento clásico de la Administración; hablamos del cambio, de pasar de ser un mero administrado, para pasar a ser un partícipe de la actividad del Estado, hablamos del cambio de un Estado-Bienestar a una Administración-reguladora que incentiva la participación de los privados; y que, por tanto, permite flexibilizar esa normatividad especial y rígida del Estado monopólico en la prestación de servicios públicos, de esa transformación de función pública- funcionario público, para pasar a servidor público- prestador- particular.

A estas alturas de nuestra exposición volvemos a ampararnos en las palabras del profesor Casseese y sentamos posición en cuanto a las vicisitudes del derecho administrativo en el transcurso de los siglos, el cual se ha erosionado hasta el punto de constituirse hoy en un privilegio concedido por la ley a actos de

¹⁸³ CASSESE, Sabino. La globalización jurídica, prólogo de Luis Ortega, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006. pp. 181-182.

¹⁸⁴ Ibídem., pp. 186-187.

acuerdos, lo que en otras palabras significa que la supremacía y la unilateralidad se sustituyen por el consenso y la bilateralidad. El ciudadano no se sitúa ya en una posición de subordinación; sin embargo, *“este paso no reduce el poder a entidad de derecho común. Incluso en la Administración consensual permanece una asimetría de fondo entre poder administrativo y particulares. Por ello, el proceso de ampliación del derecho no se detiene, sino más bien continúa de dos modos distintos. Por un lado el principio de legalidad se une el principio de juridicidad, según el cual la Administración se somete a distintos niveles normativos y el derecho penetra más profundamente en la Administración. Por otro lado, la Administración actúa como un juez, en el sentido de que su actividad se procedimentaliza, al privado se le aseguran tanto el acceso a los actos emanados por la Administración como el derecho de intervenir y defenderse en el curso de la actividad administrativa frente a la Administración Pública.”*¹⁸⁵

Sección A. Desmitificación del sometimiento del Estado inglés al derecho privado-huida del derecho administrativo al derecho privado-.

Frente a las críticas del sistema inglés expuestas en este documento, el profesor Jolowicz J.A afirma que tradicionalmente se ha sostenido que en Inglaterra es la Ley Civil la que enfrenta los problemas de la Administración y que las decisiones de los Tribunales administrativos se someten finalmente al control de tribunales ordinarios.¹⁸⁶ También únicamente se reconocen dos tipos de procedimientos, los criminales y los civiles, además que solo hay en Inglaterra jueces ordinarios de tiempo completo, no en cuanto al área administrativa: *“In october of the year 2000, the english judicial system acquired, for the first time in its history, an administrative court. The court is manned by number of judges nominated by lord chief justice to sit as judges of the court. The introduction of the administrative court recognises the increase in litigation in the field of administrative law, but, from the point of view of principle, it is really little more than a change in nomenclature. The administrative court it's not a separate court in its own right: it is not even a recognises division of the high court. It is no more than an element of the Queen's Bench division of the high court. It is judges are judges of that division: there are*

¹⁸⁵ Ibídem., pp. 185-190.

¹⁸⁶ MORINEAU, Marta. Una introducción al common law. Ob. Cit., p. 33. *“Según Eddey la diversidad de los tribunales administrativos y de sus funciones no permiten clasificarlos de una manera satisfactoria y por ello se limita a enumerarlos. Existen además de los ya mencionados, los que conocen de los problemas relacionados con la propiedad agrícola, el catastro, los impuestos, así como lo relativo a la política migratoria. En cada caso fueron creados por el parlamento quien le atribuyo una jurisdicción limitada. Estos tribunales administrativos complementan el sistema judicial, y se considera que es difícil y casi ocioso tratar de diferenciarlos de las cortes de justicia, ya que ambos son cuerpos que tienen la misma responsabilidad, o sea, la de resolver controversias... las decisiones de los tribunales administrativos pueden ser impugnados ante la hiht court of justice.”*

*full time judges, but not full time judges of the administrative court.*¹⁸⁷Y, agrega: *“for most purpose, english law recognizes only two main categories of proceedings the criminal and the civil. What is not criminal is civil. So, cases that would elsewhere be classified as administrative are, in England, civil.”*¹⁸⁸

Es legítimo indagar si realmente en el sistema inglés es posible que cuando una autoridad pública cometa un error contra un individuo sea responsable ante la jurisdicción ordinaria y en concordancia con la ley ordinaria, esto es, que simplemente la Administración se someta al derecho civil. Jolowicz, recientemente hace una tímida distinción entre derecho público y derecho privado en el aludido sistema; lo que debe, inicialmente, mencionarse que el derecho ordinario inglés carece de medios para ejercer un control completo sobre la Administración; algo especial es necesario: que un individuo esté habilitado para impugnar un acto o una decisión administrativa con el fin de anularla por ilegal, y lo mismo ocurre por considerarla como un exceso de autoridad de poder.¹⁸⁹

Para enfrentar ese problema, se creó el recurso llamado *prerogative remedies* relevantes para la Administración, los cuales son conocidos como *certiorari, prohibition and mandamus*,¹⁹⁰ prerrogativas que al principio sólo prosperaban contra la jurisdicción inferior, pero que poco a poco se fueron reconociendo para actos o decisiones de la Administración y también contra otros cuerpos independientes del Gobierno, así se cita textualmente: *“At first, the prerogative remedies were said to be available only against inferior jurisdiction, that is bodies with a duty to act judicially, but the came to be available also in relation to the acts and decisión of administrative and some other bodies as well.”*¹⁹¹

La posición tomada por el *lord Wilberforce* en un caso decidido ante la Cámara de los Lores consistió en establecer la importancia del concepto de la separación de los sistemas de derecho público y del derecho privado que tradicionalmente ha sido negado en el sistema anglosajón. Se hace la salvedad de que esta expresión en el derecho inglés debe ser usada con suma cautela, dado que es claro que en

¹⁸⁷ JOLOWICZ J.A. Administrative procedure in english law *In* El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan r Brewer, Ed. Civitas, Bogotá, 2003. p. 2423.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 2423.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 2424. *“In principle, and until, the english system barely recognized and made Little if any use of the distinction between public and private law: it was a matter of dogma that the same law governs everyone in the state, both public official, at all levels, and private citizens...but before turning to that it must be noted that the ordinary law lacks the means to provide full judicial control of the administration. Something specialized is needed, for example, if an individual is to be able to challenge the act or decision of a public authority with view to having it quashed as illegal, and the same is true if the challenge seeks to prevent a public authority from acting in excess of the power conferred on it by law or too compel it to act where it is its legal duty to do so.”*

¹⁹⁰ Por *certiorari* la decisión de una jurisdicción inferior puede ser traída ante la corte por considerarla ilegal y posteriormente ser anulada. Por prohibición a una jurisdicción puede ser llamada en atención por exceder la competencia y por *mandamus* para imponer un deber impuesto por la ley.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 2424.

principio se mantiene intacto que el *civil service* es responsable ante la corte ordinaria por los daños ocasionados a los individuos; aunque por la extensión de remedios y la flexibilidad de los procedimientos puede decirse que algo similar a un sistema público se está desarrollado en Inglaterra.¹⁹²

Así el citado autor trae un ejemplo de la vinculación contractual bajo la Ley Civil que no puede ser amparada por los recursos del *judicial review*; pero por otro lado, si el empleado está amparado bajo términos del estatuto legal, este será de derecho público, caso en el cual será procedente el *judicial review*: “*An employee of a public authority might be employed under a normal contract of employment, in which case he could not claim against the authority by judicial review. On the other hand, he might be employed on statutory terms and conditions that is public law, in which case judicial review would be mandatory.*”¹⁹³

Se puede presentar también tensión entre la ley pública y la privada. Así en un caso relevante, una autoridad determina que un médico, cuando trabajaba para el *National Health Service* había faltado el tiempo requerido en los *statutory regulations* para retener parte del salario. El doctor trajo una acción ordinaria para el pago de todo su salario, pero la autoridad consideraba que el éxito de la impugnación era ante una ley pública por medio del *judicial review*; sin embargo, la Cámara de los Lores permitió el procedimiento ordinario en la reclamación por considerar un derecho privado para ser pagado en concordancia con los términos estatutarios del empleo, y lo resume en un esfuerzo privado: “*(...) so in one case, the relevant public authority determined that a doctor working for the National Health Service had failed to give sufficient time to his practice as required by statutory regulations, and withheld part of his salary, this would have been perfectly lawful if it were the fact that the authority's determination was correct. The doctor brought an ordinary action claiming payment of his full salary. The success of his claim depended, of course, on a successful challenge to the (public law) determination by the authority. Notwithstanding this point, the House of Lord held that he had a private law right to be paid in accordance with the (statutory) terms of his*

¹⁹² Davy V. Spelthorne B.C (1984) A.C. 363.276. “*The expressions private law and public law have recently been imported into the law of England from countries which, unlike our own, have separate systems concerning public and private law. No doubt they are convenient expressions for descriptive purposes. In this country they must be used with caution, for, typically, English law fastens not upon principles but upon remedies. The principle remains intact that public authorities and public servant are, unless clearly exempted, answerable in the ordinary courts for wrongs done to individuals. But by an extension of remedies and a flexible procedure it can be said that something resembling a system of public law is being developed. But before the expression public law can be used to deny a subject a right of action in the court of his choice it must be related to a positive prescription of law, by statute or statutory rules. We have not yet reached the point at which the mere characterization of a claim as a claim in public law is sufficient to exclude it from consideration by the ordinary courts: to permit this would be to create a dual system of law with the rigidity and procedural hardship for plaintiffs which it was the purpose of the recent reforms to remove.*”

¹⁹³ JOLOWICZ. Administrative procedure in english law. Ob. Cit., p. 2428.

employment and allowed his action, which was to enforce that private right, to go ahead."¹⁹⁴

Sin duda alguna, existe normatividad especial en Inglaterra cuando la Administración actúa bajo la ley pública, lo que se demuestra cuando el Estado impone obligaciones unilaterales a sus administrados con el fin de satisfacer las necesidades colectivas, así como en la forma de determinar la obra y la compensación a cargo de la Administración, inclusive, así sea para solucionar los casos mediante procedimientos y jurisdicción ordinarios en la implementación de la normatividad pública: *"The claimants owned residential property which the local housing authority called upon them to repair and improve. The claimant was awarded a grant by the authority (under public law) which the authority subsequently refused to pay on the ground that the work had not been carried out to its satisfaction. The claim was for payment of the grant and was brought by the ordinary procedure and the authority argued that it should have been brought by judicial review."*¹⁹⁵

Debemos cuestionarnos si persiste la dicotomía entre estos dos ordenamientos - público y privado-. La respuesta, según teoriza Jolowicz, es que se ha mentido en relación con la unidad general del derecho inglés, es decir, se ha mentido en relación con la inexistencia de una distinción entre los casos públicos y los privados, esto es, que los problemas administrativos son casos civiles; y que, por tanto deben ser tratados como tales.

Desde un punto de vista práctico los procedimientos administrativos proporcionan una especial protección. Las impugnaciones de los actos administrativos deben fundamentarse, y hay un plazo límite para interponerlos, pues la validez de las decisiones administrativas no deben quedar indefinidas, por cuanto la normal limitación o prescripción en el sistema civil es mayor para la interposición del recurso, y para *judicial review* es normalmente mucho menor el tiempo. Sin embargo, no quiere decir que toda decisión administrativa esté bajo la misma protección, los que no requieren especial amparo se dejan bajo la ley ordinaria.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ibidem., p. 2428. *"Roy v. Kensington and Chelsea Family Practitioner Committee (1992) A.C 624. See also Wandsworth L.B.C. V. Winder (1985) A, C. 461: "The tenant of a house owned by a local authority was sued by the authority by ordinary action because he refused to pay an increase rent. The Authority argued that he could not in that action, raise by way of defence the argument that the public law decision to raise the rent was unlawful: according to the authority the tenant should first challenge that decision by judicial review. The House of Lord had no doubt that such a step was quite unnecessary and that the defence could be raised without it."*

¹⁹⁵ Ibidem., p. 2429.

¹⁹⁶ Ibidem., pp. 2432-2433. *"(...) one answer, from a theoretical point of view, lies in the general unity of English law and the absence of a tradition of distinguishing between public and private law cases: administrative cases are civil cases and should be treated as such."* Desde un punto de vista más práctico *"...it cannot be denied that the legal validity of some administrative decisions should not be left in doubt by allowing challenges to them to be brought for so long as the limitation period of private law has not expired. Once again, however this does not mean that every administrative decision requires the same protection."*

Ahora bien, constituye una ficción sostener que hay igualdad ante la ley, entre autoridades públicas y los particulares, cuando la protección en tiempo es diferenciada, lo que estimo que es una prerrogativa clara que caracteriza un derecho especial.

En síntesis, frente a lo expuesto por el citado autor, se tiene que el derecho inglés está reconsiderando la posible injerencia del derecho público en el derecho privado: *“Fortunately for english law, very soon after its introduction, it was recognised that the dichotomy is alien to english law, and now, after Little more than 20 years, its impact has been greatly reduced. It may even be that it is already close to elimination. In some other countries such as France, where the dichotomy rest upon a fundamental dogma of the revolution of 1789, it will be much more difficult to remove it from the administration of justice, but, as suggested here, the idea, however deeply entrenched, that litigation involving public authorities calls for different procedures, or even different jurisdiction, is ripe for fundamental reconsideration.”*¹⁹⁷

Sección B. La contención de la influencia de la huida del derecho administrativo al derecho privado en el sistema de la civil law.

Las funciones administrativas pueden ser satisfechas acudiendo al derecho privado, sin embargo ello es posible con alcances limitados. La actividad administrativa tributaria debe estar unida a medios especiales coactivos, pueden unirse a las prerrogativas propias del derecho administrativo público.¹⁹⁸ Igualmente, las actividades de prestación de servicios públicos, pese a la privatización son objeto de amplia regulación jurídico – pública por la imprescindible necesidad de intervención estatal.¹⁹⁹ La Administración dispone de las formas jurídicas privadas, pero no la libertad, ni de las posibilidades que ofrece la autonomía privada.²⁰⁰

En cuanto a la distinción entre derecho público y derecho privado, tenemos que el derecho administrativo alemán se ubica en la esfera pública; este a su vez se contrapone al derecho privado; la distinción no viene dada a priori, pero resulta básica para el ordenamiento jurídico alemán vigente y adquiere gran importancia para efectos de las nociones de actos y convenios administrativos, para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado en la actividad de la

¹⁹⁷ Ibídem., p. 2436.

¹⁹⁸ HARTMUT, Mariou. Derecho administrativo alemán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2012. p. 44. Mírese también la siguiente página web en donde se tiene acceso al libro en PDF: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3143>.

¹⁹⁹ Ibídem., p. 45.

²⁰⁰ Ibídem., p. 46.

Administración pública, para determinar si procede la indemnización prevista para la expropiación forzada, para la imposición de tasas y contribuciones que sólo proceden ante prestaciones de derecho público. En todo caso, concluye la profesora Mauriou, el derecho administrativo tiene al Estado como sujeto revestido de autoridad, limitando sus prerrogativas, pudiéndose valer excepcionalmente de formas jurídico-privadas, sin que el Estado, por ello, participe de la autonomía privada.²⁰¹

Parejo Alfonso afirma: *“El deslinde respecto del derecho privado, no es por el contrario y desde siempre tan absoluto. Es cierto que del artículo 103.1 CE resulta la correlación entre la organización y la actividad administrativas al servicio de los intereses generales y el derecho administrativo, en tanto que ordenación atendida a las características de aquéllas. Sin embargo, en ocasiones el mejor servicio a los referidos intereses o a las peculiaridades del contexto en el que se va a desarrollar la actividad (por ejemplo la económica que, fruto de la iniciativa pública, debe desarrollarse en el régimen de libre competencia: art 128.2 CE) aconseja el recurso o la remisión a las normas de derecho privado en cuanto parte integrante del ordenamiento jurídico único. Con independencia de que nunca pueda legitimar una defraudación del postulado básico del artículo 103.1 CE, resulta así una colaboración entre el derecho privado y el derecho administrativo en la regulación de la actividad administrativa, que reviste diferentes modalidades según que el derecho privado actúe como: a) límite a la actividad administrativa (protección de la propiedad privada o de otros derechos subjetivos de origen privado, que puede determinar supuestos de prejudicialidad; b) modelo de regulación con el que integra lagunas del derecho administrativo; c) instrumento adecuado para la regulación para la ordenación de una determinada actividad (por ejemplo, para la atenuación del rigor del control público en beneficio de una gestión más ágil; o d) simplemente ordenamiento al que remite la regulación de determinadas actividades de la Administración (tal es el caso de los contratos patrimoniales de la AP).”*²⁰²

Agrega Parejo Alfonso: *“(…) de un régimen peculiar para los empleados públicos plantea la relación del derecho administrativo con el derecho laboral. En principio las relaciones laborales quedan excluidas del ámbito del interés del derecho administrativo, sin perjuicio de las especialidades de las de los trabajadores en la AP en garantía del servicio objetivo de los intereses generales (como es el caso del supuesto previsto en el artículo 28.2 CE). Por el contrario, la relación, de carácter estatutario, entre la Administración Pública y su personal*

²⁰¹ Ibídem., p. 50.

²⁰² PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo. Ob. Cit., p. 21

*funcionario es objeto de regulación por el derecho administrativo con independencia del derecho laboral.*²⁰³

Frente a la tensión entre el derecho público y el derecho privado que rige en la Administración, surge la conclusión no extremista entre estos dos ordenamientos, así el profesor Bauzá Martorell sustenta: *“después de todo lo dicho, resulta obligatorio concluir que el derecho administrativo, tradicionalmente considerado un derecho público, común y estatutario, ni es estrictamente público ni es absolutamente común. Sigue siendo un derecho estatutario, por cuanto que la Administración legislativa difícilmente renunciará a los privilegios y prerrogativas propias de una organización pública. Insistimos: en sede administrativa no es posible deslindar el derecho público del privado. Habrá que estar a la ley singular, al ordenamiento ad hoc que establece el legislador para cada caso en concreto.*²⁰⁴

Reforzando las ideas anteriores, el profesor Gonzales Pérez anota: *“Tradicionalmente, este sistema de dualidad de Jurisdicciones para juzgar a la Administración Pública, se ha opuesto a aquellos otros en los que la Administración estaba sometida al mismo derecho y era juzgada por los mismos tribunales que los demás sujetos de derecho. Pero lo cierto es que la atribución a un solo orden de instituciones del conocimiento de todos los conflictos de derecho no ha sido realizada en ninguna parte. En todos los países, en que es parte la Administración que están sometidos a normas especiales y que se dirimen por tribunales que no son los comunes; mientras que otros asuntos están sujetos al derecho común y se decide por la jurisdicción ordinaria. Podrá variar el ámbito de unos y otros. Pero lo que es incuestionable es la existencia de ambos tipos de actuación. Por eso, no puede decirse que la dualidad de jurisdicciones sea propia de determinados sistemas. Se da, también, en los sistemas calificados de unidad de jurisdicción.*²⁰⁵

En este orden de ideas, Palacio Hincapié, sostiene: *“otro argumento en contra de la jurisdicción es la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado o la privatización del derecho administrativo. Consiste en que en las relaciones modernas, especialmente desarrolladas a finales del siglo XX y que regirán el siglo XXI, el Estado se comporta como un particular. Ya el Estado deja ser un*

²⁰³ *Ibidem.*, p. 22.

²⁰⁴ BAUZÁ MARTORELL, Felio. La desadministración pública, prólogo de Ramón Parada, Ed. Marcial Pons, consell de Mallorca, Madrid, 2001.

²⁰⁵ GONZALES PÉREZ, Jesús. Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, (ley 29/1998, de 13 de Julio) Ed. Civitas, Tercera edición, Madrid, 1998. p. 90.

*gendarme del Estado liberal para dar paso a un Estado garantista de la prestación de los servicios, que se convence de que su papel debe ser dejar a los particulares que entren a prestar los servicios que él prestaba, pero bajo su dirección.*²⁰⁶ El Estado decide prestar los servicios a falta de iniciativa privada, o decide estimular a esta última y la única manera de poder igualarse a los particulares, en oportunidad y eficiencia en manejo del mercado y de la competencia, es sometiendo su actividad a la regulación como si se tratase de particulares. Para este fin, no se concibe la contratación lenta por medio de licitaciones, el Estado tiene que comprar, vender, prestar servicios, con la misma agilidad de los particulares para evitar hacerse desueto, por ejemplo, en cuanto a la adquisición de tecnología de punta. Por tanto, la contratación la debe hacer con rapidez pues si hay contratación rígida, si se acude a la licitación, se corre el riesgo de que los equipos sean sustituidos por otros más modernos.

Sin embargo sostiene el autor en cita que *“ello no significa que no haya control o que ello impida la existencia de la jurisdicción independiente, los actos de la vida mercantil imponen una conducta, pero el manejo del Estado impone otras, las cuales estarán presentes, pues siempre se exigirá moralidad, transparencia y responsabilidad,”* a través de un comportamiento reglado especial. El Estado no se asemeja en su totalidad a la actuación de un particular, porque éste en su obrar no parte del interés general, ni el Estado puede alcanzarlo solo por el conducto del libre mercado, de ahí la importancia de un comportamiento que le exija al particular someterse a la legalidad en sus actuaciones, más que a la libre autonomía de la voluntad.²⁰⁷

Conclusiones de capítulo

- 1) Se puede concluir que la justificación de la existencia de una jurisdicción administrativa depende del mantenimiento de un régimen especializado, porque de no haber diferenciación entre derecho público y derecho privado, no tendría sentido la dualidad de jurisdicciones. Lo anterior, en el entendido que el Estado no es igual a los particulares por lo que se justifica un régimen de desigualdad, unilateralidad, singularidad, inclusive en la formación de la voluntad contractual. No obstante, el derecho administrativo puede acogerse a normas privadas, esto es, a un régimen flexible y de igualdad destinado en principio a los particulares, siempre que de esta manera se protejan eficazmente los intereses colectivos, de manera premeditada, pues la cláusula general es el sometimiento a potestades

²⁰⁶ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Evolución y perspectivas de la jurisdicción de lo contencioso – administrativo en Colombia, Ed. Librería jurídica Sánchez, Medellín, 2006. pp. 197.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 198.

exorbitantes de la Administración en búsqueda de alcanzar el interés general.

- 2) Por otro lado, no todas las controversias generadas por las actuaciones del Estado se someterán al derecho privado. Dado que si bien los daños ocasionados por las actuaciones del *civil service* se someten a tribunales ordinarios, tenemos que el derecho inglés carece de medios de control sobre los actos de la Administración. No obstante, en Inglaterra está surgiendo tímidamente la distinción entre derecho público y derecho privado con la finalidad de cuestionar la legalidad de los actos administrativos mediante lo que ellos llaman *prerogative remedies*.
- 3) Sin duda alguna, en Inglaterra el Estado al imponer obligaciones unilaterales a sus administrados con el fin de satisfacer necesidades colectivas, se enfrenta ineludiblemente al derecho administrativo, donde igualmente surgen procedimientos especiales para hacer efectivas las decisiones estatales, inclusive debe resaltarse, como ejemplo, que el tiempo para controlar el acto administrativo es mucho menor que el requerido para cuestionar los asuntos netamente civiles, lo que sin lugar a dudas marca una prerrogativa de la Administración. Si bien la Administración en Inglaterra adopta formas jurídicas privadas para interactuar con los particulares, no por ello deja de revestirse de actos de autoridad.
- 4) En cuanto a las formas de actuación de la Administración, se tiene que ni son estrictamente públicas, ni estrictamente privada; será la propia legislación la que determine el alcance de unas y otras. Por consiguiente, el principio de la autonomía de la voluntad se verá restringido, cuando se encuentra de por medio la actividad del Estado.

PARTE II. EL ROL DEL JUEZ EN LA DEMOCRACIA.

El Estado de Derecho significa el sometimiento del poder al derecho; no obstante, debe precisarse, que no existe derecho sin que haya juez que controle el poder bajo el parámetro de la ley y la Constitución. En este sentido, la idea de democracia no puede separarse del derecho y en consecuencia, tampoco la democracia puede reducirse al tema del gobierno de las decisiones de las mayorías o de la mera libre elección de los dirigentes por espacios de tiempo determinados, sino que se somete a proteger a cada individuo en sus derechos fundamentales. Entonces la democracia envuelve límites, no solo los consagrados en la propia ley, sino los de la valoración de principios por parte de un tercero imparcial; sin ellos, pasaría a ser una autocracia.²⁰⁸

Es de advertir, que la función del juez contencioso administrativo dentro del Estado de Derecho se ha fortalecido en el escenario de la fiscalización del poder ejecutivo, en especial con los controles jurídicos traídos por el legislador colombiano en la Ley 1437 de 2011. En otras palabras, la Administración en uso de sus potestades regladas o discrecionales también se encuentra limitada por el derecho, y por tanto, recibe el control judicial. Sin embargo, la intervención de éste último debe ser suficiente, pero sin entrar a remplazar la potestad administrativa, toda vez, que a fin de cuentas, la sustitución o complementación de las decisiones discrecionales de la Administración por el juez, es precisamente administrar, sin anular el principio de separación de poderes.²⁰⁹

Antes de estudiar la función jurisdiccional y su interrelación con la función administrativa, se reflexionará sobre la legitimación democrática del juez para entrometerse en los terrenos de la Administración.

En este orden de ideas “*Toda concepción de la democracia debe dar cuenta tanto de una dimensión formal como de una dimensión sustancial. La democracia no es simplemente una cuestión de reglas o procedimientos (el cómo tomar ciertas decisiones), sino centralmente tiene que ver con el qué de las decisiones, lo que supone no sólo un respeto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales, sino una cabal observancia de los otros principios básicos del modelo de Estado constitucional de derecho, como el principio de legalidad (que abarca también el principio de constitucionalidad), la separación de poderes, la*

²⁰⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, quinta edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000. pp. 128-134.

²⁰⁹ ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad *in* Temas de derecho público Nro. 44, Ed. Universidad Externado de Colombia- Instituto Constitucionales, Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá D.C., 1997. P. 39.

*independencia jurisprudencial y un sistema de pesos y contrapesos.*²¹⁰ Es lo que Ferrajoli denomina el paradigma de la democracia constitucional.²¹¹

Abundando en el desarrollo actual del concepto de democracia, Orozco Henríquez, sostiene que frente a las consideraciones preestablecidas sobre los requisitos para constituir un Estado constitucional democrático de derecho, existe la exigencia básica para que los ciudadanos gocen de un alto grado de seguridad jurídica, es decir, que el ejercicio del poder público se sujete a reglas preestablecidas,²¹² presupuesto a la superación de la incertidumbre en cuanto a cuál es el derecho.²¹³ Esto significa estar sometidos con claridad a la ley, en sentido amplio a la Constitución y a la jurisprudencia de los jueces frente al alcance de los derechos en situaciones particulares.

En cuanto al desarrollo del concepto de la seguridad jurídica, tenemos que, en el Estado clásico, el principio de la legalidad está directamente vinculado con el de libertad política, por cuanto la libertad, como se entiende en el Estado legalista, es la de aquel únicamente sometido a la ley. Si conocemos las leyes, sabemos, de contera, todas las consecuencias de nuestras acciones y, por consiguiente, podemos tomar decisiones particulares con claridad; la libertad es simplemente la previsibilidad o la seguridad jurídica. Por esto, se creía, que a los jueces en la época de las luces se le prohibía un margen mínimo de apreciación, porque de permitirlo se imposibilitaría prever las decisiones de las autoridades; la ley se aplicada por medio del método estricto del silogismo, así resultara injusta y cruel.

En este orden de ideas, la ley se aplicaba según la voluntad del parlamento, el cual era el soberano absoluto.²¹⁴ *“En efecto, la clase de certeza del derecho y de seguridad jurídica resultantes de la vigencia del sistema napoleónico de organización judicial no tenía que ver con la constitucional sujeción del juez a la ley sino con su dependencia político- administrativa.”*²¹⁵ Por tanto, la seguridad

²¹⁰ OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. p. 297.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de democracia, una discusión con Michelangelo Bovero *In* Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas, México, Ed. IFE- Temas de la democracia, conferencias magistrales, No. 13, 2001. p. 15.

²¹² OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional *In* La función judicial, ética y democracia. Op. Cit., p. 299.

²¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica, Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, *In* El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II, Madrid, Ed. Trotta- Consejo Superior de Investigaciones Científicas, BOS, 1996. p. 481-482.

²¹⁴ TROPER, Michel. El poder judicial y democracia *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. p. 214.

²¹⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia con jueces *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 245-263.

jurídica correspondía en el Estado liberal a un criterio eminentemente político representativo, esto es, de una sujeción estricta hacia el parlamento y la ley. De manera distinta se la concibe en el Estado social de derecho, donde la seguridad jurídica ya no corresponde a una dependencia política y ceñida a la literalidad de la ley, sino que adquiere un vínculo estrecho con la jurisprudencia, cuando los jueces empiezan a controlar el poder y a establecer el derecho definitivo mediante sus decisiones.

Considerar que todo el derecho estaría en la ley en el Estado liberal fue un gran error, pues se presentan ambigüedades lingüísticas, vacíos jurídicos e incoherencias jurídicas por parte del legislador soberano; además, la ley no prescribe nada para un caso, sino que, como lo ha demostrado Eugenio Bulygín, prescribe para una clase de casos.²¹⁶

No es la ley la que mide el alcance de una Constitución meramente programática, y no es tampoco el legislador quien define el marco interpretativo de la misma, como soberano absoluto de la representación popular, ni tampoco es el juez un mero conductor de la voluntad soberana del parlamento, ni, menos, es la boca de la ley. En el Estado social democrático la interpretación de la ley no es exclusiva del legislador y del ejecutivo, sino que es compartida con un poder sin representación, el cual limita y adecúa la ley conforme a la constitución como norma jurídica, esto es, no son ya las mayorías las que deciden si sus decisiones concuerdan con los valores y principios fundamentales, como en algún momento histórico ocurrió.

Así las cosas, como las conocemos hoy, la ley siempre deja un margen de apreciación y esa libertad de apreciación la debe tener el juez en un Estado democrático de derecho,²¹⁷ para controlar el poder de las mayorías y desarrollar los fines constitucionales. En definitiva, consideramos que la teoría de los pesos y contrapesos en el Estado liberal era inexistente, pues los jueces administrativistas y ordinarios no tenían independencia del parlamento ni del ejecutivo, no existía en realidad un contrapeso; era una democracia reducida al poder de las decisiones de las mayorías y los jueces eran meros aplicadores de las decisiones del parlamento y de la Administración, para el caso del Consejo de Estado, sin posibilidad alguna de limitarlo.

²¹⁶ BULYGIN, Eugenio. Sentencia judicial y creación del derecho In C. Alchourrón y E. Bulygin, Análisis lógico y derecho, Madrid, Ed. CEC, 1991. p. 361.

²¹⁷ En nuestro derecho colombiano debe haber un equilibrio entre el principio de la representación política en el establecimiento de la norma positiva (ley) y el principio de la razón jurídica implementada por los jueces (sentencia). En Inglaterra prevalece el derecho por la razón jurídica (*stare decisis*) en cuanto a los conflictos del derecho común. En cuanto al conflicto de poder parece ser que se impone la representación parlamentaria sobre la razón judicial, dado que vemos con desconfianza esa idea del sometimiento del Estado inglés al derecho común, de conformidad con los lineamientos de esta de tesis.

La seguridad jurídica en el Estado constitucional democrático de derecho debe ir más allá de aplicar el *statu quo*: debe tener un carácter material y no meramente formal, o sea, mantener una situación jurídica conforme con los derechos fundamentales,²¹⁸ puesto que una norma general que vulnere derechos fundamentales sin el control abstracto de constitucionalidad, o sin establecer su alcance en un caso en particular, lo que origina inseguridad jurídica para el administrado. De aquí surge la estrecha relación entre seguridad jurídica y jurisdicción en el Estado Constitucional de Derecho y la importancia del precedente judicial en las valoraciones jurídicas de los hechos conforme a las normas de la Constitución y la ley. Además, deben ser decisiones coherentes que los jueces han de seguir, en la medida en que se encuentren razonables, para que las personas comprendan y prevean cuál es el trato que las autoridades les darían a sus comportamientos en forma igualitaria y certera.²¹⁹

Con respecto a la seguridad jurídica en los países de la *civil law*, Ferreres Comella expone: *“En primer lugar, se observa que en los países el poder judicial no está organizado como en los sistemas del common law: los tribunales están especializados en diversas áreas del derecho, y en el vértice de la organización judicial existe más de un tribunal supremo. Típicamente, existe una división de trabajo entre dos tribunales supremos, uno de los cuales resuelve cuestiones de derecho ordinario (derecho privado y derecho penal, básicamente) mientras el otro se dedica a derecho administrativo. En estas condiciones, se afirma, un sistema descentralizado de control de constitucionalidad no podría operar correctamente, pues una misma ley podría ser considerada constitucional por una jurisdicción e inconstitucional por las otras, en función a los criterios opuestos de los respectivos tribunales supremos. Como escribió Kelsen, en referencia a la situación que existía antes de 1920, hay que tener en cuenta que en Austria, al igual que en otros países del continente europeo, había otros tribunales aparte de los ordinarios, especialmente tribunales administrativos que en ocasiones tenían que las mismas leyes que los tribunales ordinarios. Por ello, no se podía descartar en lo absoluto, la posibilidad de que se produjera una contradicción entre los tribunales administrativos y ordinarios.”*²²⁰ *“(Un sistema descentralizado, según parece, sólo puede ser instaurado si el poder judicial está organizado bajo un esquema unitario, con un solo tribunal supremo en la cúspide.”*²²¹

²¹⁸ PECZENIK, Alexander. Estado de derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho *In* Derecho y razón, introducción de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Fontamara, México, 2000. p. 135.

²¹⁹ También conocido como auto-restricción judicial.

²²⁰ KELSEN. Judicial Review of legislation a comparative study of the austrian and the american constitution. *Journal of politics*, Austria, 1942 .p. 186.

²²¹ FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011. p. 52.

Agrega el profesor Ferreres Comella: *“es inevitable, en efecto, que el derecho presente ambigüedades, lagunas y contradicciones, por lo que es necesario contar con un tribunal supremo que unifique su interpretación y aplicación. Si los jueces se sintieran totalmente libres de separarse de las doctrinas establecidas por el tribunal supremo, no habría seguridad jurídica.”*²²²

Frente al control concreto en el modelo continental, se ha establecido una administración de justicia desconcentrada, sin que con ello se ponga en riesgo la seguridad jurídica. Todas las autoridades judiciales parten del mismo punto de interpretación de constitucionalidad en abstracto de la norma, pero cada jurisdicción determinará, según los principios aplicables a su materia y según las circunstancias particulares de cada caso, el alcance de los derechos consagrados en los preceptos jurídicos.

En un sistema democrático, la división del poder²²³ y el sistema de pesos y contrapesos resultan esenciales; el poder judicial cumple con la labor de limitar el poder de las mayorías y califica las decisiones adoptadas tanto por el órgano legislativo como por el ejecutivo para que respeten los derechos y garantías fundamentales. Por tal razón, los jueces para tener independencia y autonomía en sus valoraciones jurídicas deben ser contra- mayoritarios, para que puedan constituirse como un poder que realmente genere un contrapeso del poder, y se someta, como señala Manuel Atienza, el poder a la razón y no la razón al poder.²²⁴

En la misma línea de pensamiento de Ferreres se encuentra Perfecto Andrés Ibáñez quien sostiene que el poder judicial *“debe ser firme en la independencia, que es lo que habilita para desarrollar funciones de contrapoder”* cuando se le encomienda ser garante de la Constitución y de la legalidad.²²⁵ La legitimidad democrática de las decisiones normativas por parte de los jueces no puede corresponder a la representación democrática, pues de hacerse de este modo perderían independencia frente a los grupos de presión económico-política; la legitimidad de los jueces en sus decisiones normativas corresponde al principio del sistema de separación de poderes, de pesos y contrapesos, con la finalidad de

²²² Ibídem., p. 56.

²²³ En la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, su artículo 16 consagró que toda sociedad en la que la separación de poderes no se encuentre debe considerarse desprovista de constitución. Ideas provenientes de Montesquieu y John Locke. Sin embargo, debe considerarse que la anterior afirmación era de carácter formal, ya que era el legislador quien le daba alcance a la constitución y, los jueces, que son los que garantizan la separación del poder, estaban desprovistos de la interpretación y la argumentación.

²²⁴ ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 2001. p. 130.

²²⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho, *In* La corrupción política, Francisco J. Laporta y Silvina Alvares (comps), Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1997. p. 233.

someter el poder al derecho mediante la argumentación jurídica, por medio de una rama del poder público que no dependa del poder de las mayorías.

Por lo demás, consideramos democráticos los fallos de los jueces, pues estos deben responder a procesos preestablecidos por la ley y la Constitución, donde los jueces se sujetan a los planteamientos del legislador y a las directrices del constituyente primario, así que, finalmente, las decisiones normativas resultan ser producto de la validez del ordenamiento jurídico.

Considerar al juez como contra-mayoritario²²⁶ significa dos cosas: que los jueces gozan de una irresponsabilidad política en la toma de sus decisiones y que estas son débiles en términos de legitimidad representativa, precisamente porque sería irrazonable pensar que para controlar las determinaciones de las mayorías, los controladores, esto es los jueces, deban ser elegidos por las mismas mayorías y responder políticamente ante estas; por tanto, el principio de ser anti-mayoritario adquiere real relevancia cuando el juez no está determinado por otro poder.²²⁷

Compartimos el criterio del filósofo del derecho Ernesto Garzón Valdés, en este sentido: autonomía del poder judicial significa adhesión no condicionada por factores prudenciales que suelen incluir la negociación y el compromiso. El ámbito de la política es la actuación caracterizada por la negociación y el compromiso. Si ello es así, puede concluirse que el ámbito de las decisiones judiciales no debería, por definición, estar afectado, o depender de la política partidista. De aquí se infiere también que la autonomía judicial queda lesionada si se permite en ella la irrupción de la política partidista.²²⁸

Cosa muy diferente es que en la medida en que los jueces toman decisiones generan consecuencias políticas, fenómeno necesario y legítimo, puesto que sin este tipo de consecuencias no habría distribución y limitación del poder, principio fundamental en un Estado social democrático de derecho. Ahora bien, frente al cuestionamiento de hasta qué punto el juez en su control del poder debe tener en cuenta las consecuencias políticas, económicas y sociales en sus decisiones desinteresadas e imparciales para no sustituir la democracia, esto debe ser objeto de un estudio minucioso de la restricción judicial.

²²⁶ GARGARELLA Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes *In* Isonomía. No 6, 1997. p. 64. Contra-mayoritario significa, con relación al poder judicial, el hecho de que sus miembros no resultan electos directamente por la ciudadanía en la mayoría de los casos ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo.

²²⁷ COURTIS, Christian. Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales *In* Jueces y política, Coordinadores Fernando Ojesto, Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vázquez, Ed. Porrúa México, 2005. pp. 65-66.

²²⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. p. 130.

Garzón Valdés reafirma que los jueces son inspectores de calidad: *“Este inspector de calidad mantiene, por definición, una relación asimétrica con respecto a los órganos ejecutivos y legislativos: son estos últimos los que son responsables frente aquel. Como los tribunales supremos tienen el poder de la última palabra, se encuentran por así decirlo, liberados de dar cuenta de sus decisiones. Pero esta situación de irresponsabilidad no es lo decisivo. Lo importante es que sean confiables en el sentido de que adoptan buenas decisiones desde el punto de vista democrático- constitucional. La confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía.”* Agrega el autor que *“lo que me importa subrayar aquí es que con respecto a los tribunales supremos en vez de hablar de responsabilidad democrática conviene utilizar el concepto de confiabilidad jurídica, de una especie de equilibrio reflexivo en el sentido de John Rawls. Esta confiabilidad puede verse severamente afectada por dos factores: el procedimiento de designación de los jueces y/o una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional o de cortes supremas y la communis opinio, que pueden conducir a una pérdida de confiabilidad por parte de la ciudadanía.”*²²⁹

Como contra argumento en relación con la restricción del poder judicial en materia legislativa, tenemos que el profesor Gargarella cuestiona la legitimidad del control judicial sobre la legislación y la Administración dentro del Estado democrático. *“¿Cómo puede ser que los jueces, funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía y cuyo mandato no está sujeto a periodo de escrutinio popular, tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo? ¿Acaso una sociedad que quiera regirse por la autoridad del pueblo no debe guiarse por la autoridad mayoritaria y no por la voluntad de un grupo de funcionarios supuestamente ilustrados, como son los jueces?”*²³⁰

La respuesta a la inquietud planteada por Gargarella se encuentra en el razonamiento conservador del norteamericano Hamilton, que junto con el juez Marshall, fueron padres fundadores del control judicial y quienes sostienen: *“En primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces sobre el legislador. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular, ello se debe a que al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la constitución, que es*

²²⁹ *Ibíd.*, pp.131-132.

²³⁰ GARGARELLA Roberto. La justicia frente al Gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial; Ed. Ariel, Barcelona, 1996. p. 52.

*el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.*²³¹

Pese a la plausibilidad de la anotada reflexión de estos juristas, no carece de críticas la posición a favor del control judicial. La oposición consiste en la llamada *argumentación por interpretación*. “(...) Al parecer, para conocer qué es lo que dice la Constitución bastaría tomar el Texto Fundamental y leerlo. Luego, y dada la transparencia de este proceso, podría decirse que los jueces no hacen nada más que leer la Carta Magna a viva voz. Nos hacen saber simplemente la voluntad del constituyente, y que nosotros, o algunos de nosotros, parece haber olvidado. Ocurre que los jueces hacen mucho más que efectuar una mera lectura de la Constitución, en algunos casos los jueces incorporan al texto soluciones normativas que no estaban, al menos explícitamente, incorporadas en el mismo, así por ejemplo en el caso del aborto...”²³² Sin lugar a dudas, el juez toma una posición activa y toma decisiones con fuerza vinculante normativa legislativa “en el ejemplo en cuestión, una minoría de jueces decide en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que se debe hacer en materia de política abortista.”²³³ Para el profesor Gargarella, es un poder extraordinario concedido a los jueces, lo que resulta razonablemente cuestionable.

Gargarella, apoyado en el profesor Bickel, observa con poca fortuna el carácter contra-mayoritario del poder judicial. Así, éste, en su libro *The least dangerous branch*, negó la validez de los argumentos de Milton y Marshall. Sin precipitación alguna debemos decir que Bickel era partidario del poder de las mayorías, pero no se percató, a nuestro juicio, de que la democracia no sólo consiste en la deliberación de las mayorías, sino que también implica el control del poder de sus decisiones en el parlamento. Precisamente, para evitar las dictaduras de las mayorías se requiere de un tercer poder que evalúe con autonomía y en derecho sus decisiones. No obstante, expresó Bickel, los jueces ejercen un control que no favorece a las mayorías, sino que va en contra de ellas, por eso se puede decir que los jueces, en algunos casos, son antidemocráticos.²³⁴

Se ignora si las interpretaciones normativas en defensa de las minorías, por el contrario, fortalecen la democracia, como se sustentará más adelante. Primero debe precisarse por qué los jueces se encuentran en una posición óptima (contra-mayoritaria), para realizar autónomamente las interpretaciones de la ley, como mecanismo real de garantía para prevenir el abuso del poder, así como una clara idea de separación de poderes, concordante con el concepto norteamericano de *check and balance del poder*, el cual complementaba, ajustaba y corregía el

²³¹ Ibídem., p. 52.

²³² Ibídem., p. 56.

²³³ Ibídem., p. 56.

²³⁴ BICKEL Alexander. *The least dangerous branch*, bobbs, Ed. Merrill Education publishing, Indianapolis, 1978. p.17.

concepto clásico que se tenía de la separación de poderes, ya explicado por Montesquieu, y limitaba al concepto de la no injerencia del poder judicial en la legislación, mediante el método exegético y en la Administración, mediante su prohibición de resolver controversias con la Administración. Tal concepción del poder judicial era en sí misma irónica, pues lo despojaba de cualquier tipo de poder, en especial del de interpretar; así, el legislador y el administrador creaban la norma y también, en un segundo plano, la interpretaban; la desconfianza hacia los jueces en Francia pudo haberse presentado por razones históricas justificadas, pero también hay muy buenas razones para haber recuperado el control judicial pese a la fuerte resistencia, mediante la autonomía del Tribunal de Casación y del Consejo de Estado ante el poder ejecutivo, hasta llegar inclusive al control constitucional de las leyes.

El profesor Gargarella es reticente a la alta intromisión judicial, en especial en cuanto a las políticas adoptadas por el legislativo, y con sus inquietudes realmente valiosas, nos invita a reflexionar sobre la legitimidad de la injerencia del poder judicial en el poder legislativo. Así expresó: *“Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, diciendo cómo se regula el aborto, decidiendo si está bien o mal consumir estupefacientes, decidiendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales y cómo no, etc.). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la última palabra en materia constitucional, cuando sabemos particularmente en Latinoamérica, lo permeable que es la magistratura a los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable el buen ejercicio judicial siga del azar de contar con buenos jueces. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que como tantas veces, prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones.”*²³⁵

De acuerdo con la inquietud de Gargarella, la democracia europea y norteamericana está en contraposición con el sistema democrático inglés, pues en este último, soberanamente, el propio parlamento detenta las tres funciones;

²³⁵ Ob. Cit., GARGARELLA Roberto. La justicia frente al Gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. p. 58

también subsume el poder judicial en la Cámara de los Lores,²³⁶ se anula el control de constitucionalidad y se restringe al máximo la injerencia del control judicial en la Administración. Esto es, el parlamento británico absorbe las ideas del auto inmediatamente referido.

Por otro lado, es pertinente traer el pensamiento del expresidente del Tribunal Constitucional de Alemania, Otto Bachof, quien reafirma la opción de la Ley Fundamental de dicho país en favor del poder judicial, encabezado por el mencionado Tribunal Constitucional, para controlar el poder legislativo, al Gobierno y a la Administración.

Esa Ley Fundamental de Bonn afirma la existencia de un orden de valores anterior al derecho legislado y al que éste está sujeto, a los que pertenece la personalidad del hombre o *“autonomía del ser”*, la prohibición de arbitrariedad, la unión con el prójimo, la responsabilidad dentro de la comunidad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad que concreta la dignidad humana, la libertad y la igualdad.

La Ley Fundamental de Alemania ha constituido en guardián de la Constitución al juez. Se pasa de *“la ley como previa al derecho”* del Estado legalista o positivismo legal al *“derecho como previo a la ley”* o al Estado constitucional.

Apunta la citada obra: *“(…) se necesita forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del derecho y del orden, que la constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados asegurando o restableciendo la paz jurídica.”*²³⁷ Esa fuerza solo puede ser el juez.

²³⁶ A partir de octubre de 2009, existe la Corte de Justicia como órgano superior del Reino Unido, al ponerse en vigencia la reforma constitucional aprobada por Ley de 2005, de esta manera la Cámara de los Lores dejó de ser la más alta instancia judicial.

²³⁷ OTTO BACHOF, Ignacio. Derecho constitucional, sistema de fuentes, Ed. Civitas, Madrid. 1987. pp. 69 y ss. *“La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 fue un producto de la Guerra Fría, pero se inserta en su propia tradición. De hecho, la Constitución de Weimar de 1919 fue su principal modelo. Tras el fracaso del modelo demócrata-liberal de esta última, la experiencia del nacional-socialismo y el afán de consumir la ruptura con dicho pasado los padres de la Ley Fundamental la dotaron de un nuevo fundamento. En concreto la democracia constitucional de la nueva Constitución debía reemplazar a la democracia formal de la República de Weimar, enfatizando los límites sustantivos al ejercicio del poder político. En este sentido, la mayor reformulación del constitucionalismo alemán consistió en concebir la Constitución no tanto como un límite al poder estatal respecto a la libertad de los ciudadanos sino, sobre todo, como la proclamación jurídica de los valores fundamentales del orden de la vida de la sociedad, entre los que sobresalen los derechos humanos, inviolables e inalienables (art. 1.2LF), institucionalizados en los derechos fundamentales, vinculantes para todos los poderes públicos (art. 1.3 LF), protegidos judicialmente (art. 19.4 LF) y preservados de cualquier modificación (art. 79.3 LF). (...) Esta concepción de la Constitución fue desarrollada fundamentalmente por la jurisprudencia constitucional alemana desde sus comienzos, recurriendo a las nociones de “orden fundamental libre y democrático”, “valores fundamentales intangibles”, “orden valorativamente orientado” u “orden objetivo de valores” como base de su práctica de toma de decisiones. A juicio del Tribunal Constitucional, la Constitución establece un orden vinculante de*

No se requieren argumentos especiales para demostrar la necesidad de un jurista para solucionar las difíciles e importantes cuestiones jurídicas que surgen en esta labor. Es evidente también que esa fuerza no debe estar comprometida, ni siquiera participar en la legislación, ni estar sometida o depender de algún modo de sus instrucciones; porque una instancia de control, sometida al control de los controlados sería contradictoria. Pero si se elige una instancia técnica e independiente para el control de constitucionalidad de la actividad legislativa (así como de la actividad de cualquier órgano estatal), esta instancia es precisamente un tribunal; y en esta cuestión es completamente secundario que se le designe expresamente. En efecto, se denomina juzgar a toda confrontación preceptiva del comportamiento humano con el ordenamiento jurídico, ya sea este el comportamiento de los gobernados o el de los gobernantes. Un órgano cuya actividad consiste en juzgar, entregado a personas versadas en derecho, capacitado en consecuencia, para dicha actividad y que goza finalmente de la independencia esencial en los estados de división de poderes, es un Tribunal.

Por ello cuando se afirma la necesidad de una instancia así configurada, se confirma al juez como instancia de control; entonces ya no se pregunta más, cuál es el juez que debe cumplir esta labor: si deberá ser transferida a los tribunales ordinarios, con sus demás funciones, o a tribunales constitucionales expresamente constituidos para esta función, y especializados.

valores, rechazando así una comprensión únicamente formal y pluralista del Estado de Derecho y de la democracia. Dicho orden estaría representado por la soberanía del estado de derecho, los principios de la autodeterminación de los pueblos, de la decisión de la mayoría, de la libertad, de la igualdad y del Estado social, así como el reconocimiento de los derechos humanos, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la sujeción de la Administración a la ley y al derecho, la independencia de los Tribunales, la pluralidad de los partidos y la igualdad de éstos. El núcleo de dicho orden de valores correspondería al principio de la dignidad humana, y más en concreto al principio del libre desarrollo de la personalidad. (p. 130). Los derechos fundamentales rigen en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto y se explicita la defensa doctrinal de la Constitución como un orden de valores. Valor central con efecto irradiación es únicamente la dignidad humana. Bachof señala cómo el rasgo más característico y novedoso de la Ley Fundamental, a saber, la situación y función con las que ha sido investido el poder judicial dentro de la sistemática constitucional, sólo puede explicarlo por la pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución. Estas normas constituyen un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes estatales. Dicho orden encuentra su fundamento de validez en los valores determinantes de la cultura occidental, entre los que destacan la personalidad y autonomía del ser humano, la interdicción de la arbitrariedad, y la unión con el prójimo y la responsabilidad dentro de la comunidad. Precisamente, la Ley Fundamental ha entregado a los tribunales la responsabilidad de cuidar y defender este orden constitucional de valores, concretado en los derechos fundamentales. (p.132). (...) Este modelo de constitución comporta, por tanto un orden jurídico-constitucional – rematerializado-, es decir, -moralizado-, en la medida en la que abre a argumentos concernientes a principios morales y a objetivos políticos que empapan todo el orden jurídico. Asimismo, los derechos fundamentales, en tanto que normas objetivas de principio, no están en sí mismos determinados y establecidos, con un contorno claro y preciso, sino que su alcance e intensidad están abiertos. Su estructura se corresponde con la conceptualización de Alexy de normas-principios como mandatos de optimización necesitados de ponderación.” (pp. 132-133).

Nos parece que la respuesta a esta pregunta estaba preanunciada por las circunstancias: la labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones de derecho y de práctica constitucional; una experiencia - en definitiva - que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo, con suficiente autoridad cuestiones de trascendentales consecuencias políticas. Se necesita, pues, un tribunal constitucional especial. Sin embargo, resulta imposible que este tribunal por sí solo pueda realizar una extensa misión; se asigna, por ello, el trabajo preliminar y una función de colaboración a los demás tribunales; éstos no sólo actúan como tamiz para el trabajo del tribunal constitucional, sino que también pueden contribuir con importantes argumentos al enjuiciamiento jurídico; evitan así que el tribunal constitucional se encierre en monólogos, mientras que –junto a los interesados directamente en el proceso- se constituyen en los interlocutores más importantes del tribunal constitucional.²³⁸ Por lo anterior, la intromisión del tribunal constitucional en los fallos de las demás jurisdicciones debe matizarse porque puede contribuir al fortalecimiento constitucional de los fallos de los jueces, siempre que se cumplan ciertas condiciones de la tutela contra providencia judicial.

CAPÍTULO 3. LAS FRONTERAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN, LA JURISDICCIÓN, Y LA LEGISLACIÓN.

Es relevante entender, en qué consiste la función pública administrativa, sus límites con las otras dos ramas del poder público, toda vez, que la actividad administrativa es uno de los objetos de control por parte de la función jurisdiccional.

En este sentido, en el Estado de Derecho, el Poder ejecutivo (el Gobierno), en su función administrativa,²³⁹ debe reglamentar, Interpretar y ejecutar las políticas públicas promulgadas por el Poder legislativo (Congreso) como representante de la voluntad popular (la ley), esto es, que la Administración debe adoptar como autoridad o agente, diversas medidas jurídicas (actos administrativos) para cumplir

²³⁸ Ibídem., p. 54.

²³⁹ DROMI, Roberto. El acto Administrativo, Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000. p.11. Todas las ramas del Poder público, incluyendo los órganos autónomos ejercen función administrativa, no obstante el poder ejecutivo es quien más la ejerce.

con la finalidad del interés general señalada en la legislación y bajo el control del poder judicial.²⁴⁰

Ahora bien, el acto administrativo, se concibe como una categoría del derecho público, por pertenecer al régimen unilateral, impositivo y exorbitante que atiende a un procedimiento especial, y a unas normas y principios peculiares para alcanzar los intereses colectivos. En este sentido, el acto administrativo, consiste en una declaración de la Administración que puede ser reglada o discrecional (de oportunidad y/o conveniencia) encaminada a crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, esto es, a producir con su manifestación unilateral de la voluntad efectos jurídicos de carácter general²⁴¹ o particular en el ejercicio de una potestad administrativa otorgada por la ley.²⁴²

De modo que, la Administración está facultada para, de manera coercitiva dar cumplimiento efectivo a la norma jurídica, aun en el evento de no contar con el consentimiento del particular²⁴³ y sin necesidad de acudir a los jueces, salvo los remedios administrativos o judiciales que interponga el administrado para controvertir la presunción de la legalidad del acto.²⁴⁴

²⁴⁰ VARELA AUTRÁN, Benigno. Estado de Derecho y Poder Judicial in El Juez del Derecho administrativo, estudios en homenaje al profesor Javier Delgado Barrio, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015. p 47. *“En el Estado de Derecho es preciso tener en cuenta, por otra parte, que toda sociedad necesita de una organización jerarquizada en cuya cúspide se sitúa el poder político, puesto que la soberanía popular requiere de unos agentes que ejerzan el poder del que la misma es detentadora. (...) la necesidad de un principio de ordenación jurídica y de autoridad que sirva de base y sustento a la nueva organización social implantada. (...) volviendo al profesor Elías Díaz, tal vez se debiera destacar como metas del Estado de Derecho, el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, la división de poderes en el gobierno de las sociedades democráticas, la actuación de las autoridades Administrativas Públicas conforme a las pautas legales y bajo el control judicial y la protección y defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas que han de hallarse jurídicamente garantizados. (...) Hace que se imponga la necesidad de órganos políticos que, en primer término elaboran y promulgan esa ley y, después, la administren y garanticen su predominio por encima de todo y a esto responde la trilogía de poderes que tiene su origen en Locke y Montesquieu.”*

²⁴¹ Para Cassagne, Sayagués Lazo, Otto Mayer, García de Enterría, entre otros, los reglamentos lo toman como teoría de las fuentes.

²⁴² Conforme la célebre definición propuesta por el italiano Zanobini en los años treinta de la pasada centuria, según la cual el acto administrativo es *“la declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio realizada por un sujeto de la Administración, en el ejercicio de una potestad administrativa.”*

²⁴³ En materia administrativa los nombramientos requieren del consentimiento del administrado, igualmente en eventos de revocatoria directa del acto se requiere del consentimiento del administrado, así como trámites administrativos requieren consultas previas, entre otros ejemplos.

²⁴⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, 5º edición, Madrid, 1992.p. 42. *“La Administración pública, que como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia, dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes de derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados. Así, por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales, (...) incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones. Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al juez.”*

Con todo, definir o delimitar la función administrativa de las otras dos funciones públicas del Estado (legislativa y judicial) no ha sido una labor pacífica en la doctrina,²⁴⁵ en especial con relación a la función judicial, porque comparten muchos rasgos, y aunque, una labora mediante el acto administrativo, y la otra mediante sentencia administrativa, lo cierto es, que ambas constituyen una norma singular.

En este mismo sentido, aunque la Administración está subordinada a la ley, no es menos cierto, que la Administración profiere normas jurídicas generales, impersonales y abstractas de obligatorio cumplimiento a nivel nacional, las cuales son inescindibles de la propia ley, que de suprimirlas, dejaría sin efectos la voluntad del legislador.

Ahora bien, para el análisis de la diferenciación de los tres poderes del Estado social y democrático de derecho, es pertinente resaltar de manera descriptiva qué debe entenderse por administración pública:

Para Vidal Perdomo²⁴⁶ *“el Derecho Administrativo está vinculado a la noción de administración; el estudio de la estructura y de la actividad de la Administración constituye la temática principal del Derecho Administrativo (...) Por Administración se entiende el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de atender los servicios que él presta.”*

En tanto, para Gustavo Penagos²⁴⁷ *“el Derecho Administrativo es un complejo de normas y principios de Derecho Público interno que regulan situaciones de los entes públicos y de los particulares o de aquellos entre sí, para la satisfacción completa e inmediata de necesidades colectivas bajo el orden jurídico estatal.”*

Para García Herreros²⁴⁸ *“el Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan el acto administrativo y la organización de la Administración pública.”*

²⁴⁵ Para mirar cada Criterio material, formal, teleológico y jerárquico, puede profundizarse su estudio en el libro de Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Ibíd.*, pp. 36-57.

²⁴⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*, Ed. Temis, Bogotá D.C., 1997. p. 1.

²⁴⁷ PENAGOS, Gustavo: *Curso de derecho administrativo*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá D.C, 1989. p. 97.

²⁴⁸ GARCÍA HERREROS, Orlando. *Lecciones de derecho administrativo*, Ed. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C, 1997. p. 5.

Younes Moreno lo define:²⁴⁹ *“El Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público concerniente a la Administración; en otras palabras, es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a la Administración pública.”*

“Parejo Alfonso enseña que el derecho administrativo, como rama de derecho positivo y como ciencia, tiene como objeto la Administración pública, entendiéndose como tal un sujeto específico (Estado) y, además, una peculiar actividad que tiene tareas de servir al bien común. La Administración pública subjetivamente es un poder público y objetivamente un ordenamiento constituido desde la norma fundamental. Para el profesor Luciano, el derecho administrativo es *“el conjunto de normas que, desarrollando el estatuto constitucional de la Administración pública, regula su organización, su funcionamiento y actividad.”*²⁵⁰

A los anteriores argumentos, ya el profesor Merkel había hecho alusión, y sostiene que el concepto dominante de administración²⁵¹ es negativo: la Administración es aquella actividad del Estado que no es legislativa ni judicial. Sin embargo, sostiene Merkel que los conceptos de legislación y justicia condicionan el de administración y que en todos ellos encontramos preceptos jurídicos generales e individuales, siendo éste el factor común para resaltar.²⁵² En ese orden de ideas, al oponer administración y legislación, la distinción está en su respectiva distancia de la Constitución, la cual es el fundamento común de toda la actividad del Estado.

La Constitución representa para el legislador el fundamento inmediato, mientras que para la Administración, es un fundamento mediato, pues su ordenamiento se desarrolla primordialmente a través de la legislación. La Administración queda subordinada a ella, ambas quedan en íntimo contacto. La Administración solo puede hacer lo que le autorice la legislación, mediante expedición de actos administrativos.²⁵³ Lo anterior debe precisarse en el contexto del positivismo jurídico, pues como se demostrará esta tesis enseña que la Administración hoy en día se guía por la propia jurisprudencia.

²⁴⁹ YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 2004. p. 3.

²⁵⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo, Ed. Tirant, Lo Blanch, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 2011.p.18-20.

²⁵¹ Entiéndase como administración la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico.

²⁵² <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa%20y%20la%20responsabilidad%20del%20funcionario%20publico.pdf> del 4 de diciembre de 2013. p. 6. CASSAGNE, Juan Carlos: La discrecionalidad administrativa. *“Ahora bien, en cuanto al proceso de creación y aplicación del derecho, la experiencia demuestra que, en mayor o menor medida, los tres órganos del Estado crean y aplican derecho dentro de las competencias que le fijan la Constitución, las leyes o los reglamentos. Como ha expresado LINARES, en una de sus obras clásicas sobre la materia, el constituyente, el legislador, el juez y el funcionario administrativo son creadores de derecho, aunque en distinta medida.”*

²⁵³ MERKEL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo, Ed. Comares, Granada, 2004. pp. 11-29.

La diferencia entre legislación y administración, en definitiva, consiste en la condición formal de la normativa en sí misma y no en el órgano productor de la disposición jurídica, siendo menester mirar la jerarquía que alcanza cada disposición.

En efecto consideramos acertada la afirmación anterior de Merkel, por lo que se trae como ejemplo, un decreto expedido por el Presidente, el cual tiene una fuerza normativa igual a una ley del Congreso, pese a que el decreto no está sometido al trámite ordinario del debate democrático. Obsérvese precisamente el artículo 355 de la Constitución colombiana²⁵⁴ y su Decreto 777 de 1992, por medio del cual, el Gobierno reglamenta directamente “...la] *contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro*...” materia especial en la contratación estatal.²⁵⁵

En resumen, Merkel afirma: “(...) *ningún órgano es órgano legislativo por sí mismo, sino que se convierte en la medida de su competencia, razón por la cual una definición correcta de la legislación formal no debe introducir como nota del concepto la de órgano legislativo.*”²⁵⁶

Es importante resaltar que el discurso de Merkel debe ser adoptado en consonancia con lo argumentado por Cassagne,²⁵⁷ quien como uno de los más grandes tratadistas del derecho administrativo, considera que los *principios generales del derecho*²⁵⁸ constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico-administrativo. Ese apoderamiento de los principios implica reconocer consciente o inconscientemente la huida masiva del positivismo. Así, este maestro se apoya en Tamayo Silva, en cuanto que los principios de la justicia han socavado los cimientos de la pirámide kelseniana, ya que ellos existen y se desarrollan con

²⁵⁴ ART. 355 C.N. “*Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*” . Este tipo de contratos no los reglamenta la Ley 80 de 1993, que en materia de contratación Estatal tiene la naturaleza jurídica de un código, lo que en principio es potestativo del legislador, pero la Constitución faculta al Gobierno para que reglamente el tema directamente. Considero que este ejemplo es contundente, para reforzar los apuntes de Merkel.

²⁵⁵ Es el caso de decretos del Gobierno, en los que se evidencia una función materialmente legislativa, se deja al control del Consejo de Estado por la denominada competencia residual. Lo anterior de conformidad con el artículo 237 numeral 2 de la Constitución nacional y artículo 135 de la Ley 1437 de 2011.

²⁵⁶ MERKEL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Ob. cit., p. 29.

²⁵⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009. p. 23.

²⁵⁸ PÉREZ LUÑO, A.E. Derechos humanos, estado de derecho y Constitución, 4ª Ed. Tecnos, Madrid, 1991. pp. 286 y ss. “*Se ha procurado distinguir entre principios y valores, estos últimos no permiten especificar los supuestos en que deben ser aplicados, ni las consecuencias jurídicas, los principios sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción.*” Esto es lo que R. ALEXY, en su libro Teoría de los Derechos Fundamentales entiende por mandatos de optimización, en todo caso, la distinción entre uno y otro es bien estrecha, pues todo principio se compone de uno o más valores.

independencia de las normas positivas.²⁵⁹ Los principios constituyen los límites de las leyes y de los actos administrativos.

El profesor Cassagne confirma literalmente lo comentado: *“Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a Rivero²⁶⁰ a sostener que el Consejo de Estado, consciente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes.”*²⁶¹

Cassagne sostiene que el auge de los principios generales del derecho en el derecho administrativo obedece al abandono de los presupuestos ideológicos de la Revolución Francesa, al preconizar la primacía de la ley escrita, cuya autoridad se fundamenta en la voluntad de la nación representada en el parlamento, reduciendo al juez a un mero aplicador-exégeta de la ley.

Por consiguiente, debe comprenderse que la función administrativa está supedita siempre a un mandato superior del legislador, a la interpretación de los principios constitucionales; y a las decisiones judiciales en materia administrativa, desde luego, siempre que éstas estén ajustadas a la Constitución y a la ley.

En cuanto a la diferencia entre la Administración y la Jurisdicción, una afirmación muy frecuente para distinguirlas consiste en señalar que la justicia tiene como objeto la realización del ordenamiento jurídico, mientras que la Administración consiste en una función distinta: en la realización del interés general adoptando criterios socio-económicos, de conveniencia y mera oportunidad. Lo que no es correcto, porque la Administración no es una actividad que trasciende el derecho, sino que hace parte del propio ordenamiento jurídico.

Señala Merkel que tal afirmación está desprovista de fundamento: *“la justicia al realizar el ordenamiento jurídico, sirve a los intereses públicos, y la realización de los intereses públicos por parte de la Administración, no excluye que ello se lleve a cabo por el ordenamiento jurídico. La realidad auténtica es que ambas están destinadas a realizar, cada una de una manera inmediata, una fracción del ordenamiento jurídico, a saber, aquella, que, por esta razón, se llama en un caso derecho judicial y en otro derecho administrativo, y que de esa forma sirve de una manera mediata a los intereses públicos.”*²⁶²

²⁵⁹ TAMAYO, Silva. Desviación del poder y abuso del derecho, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006. p. 26.

²⁶⁰ CASSAGNE cita al autor así: “J.RIVERO, los principios generales del derecho francés contemporáneo, RAP, num.6, p. 203.”

²⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. Ob. Cit., p. 24.

²⁶² Ibídem., p. 34.

Otros juristas frecuentemente señalan a la Administración como una actividad libre dentro de los marcos de la ley. Según esta concepción, la Administración ejecuta su propia voluntad, mientras que la justicia no tiene voluntad alguna, sino que realiza la voluntad de la ley. En verdad, toda actividad judicial y administrativa es una expresión de acción y voluntad, porque Merkel considera que administración y justicia se confunden en una masa indiferenciada y agrega que si atribuimos gran voluntad a la justicia y gran parte de acción a la Administración resultará que casi todo lo que comúnmente se llama justicia se nos convierte en administración y vice versa.²⁶³ La voluntad de la Administración y la del juez deben estar siempre en el marco del derecho.

Un criterio fuerte para diferenciar justicia y administración se sustenta en el papel del *poder discrecional*. Ciertamente, en el amplio campo de la Administración existen muchas posibilidades de arbitrio, porque la iniciativa es más amplia que en la justicia, pero no cabe duda que con el activismo judicial el juez puede ver infundada la discrecionalidad de la Administración para variar su acto. Así, del arbitrio no se destaca una diferenciación clara: “*cuántos actos de la Administración financiera y de la gubernativa tendrían que ser incluidos en la justicia, puesto que no permiten a los órganos administrativos, a lo sumo, más que amagos de discreción, y cuántos actos de justicia tendrían que ser, por la razón contraria, adscritos a la Administración.*”²⁶⁴

Merkel afirma que cuando se habla de justicia administrativa o control judicial sobre la Administración, significa que aparecen manifestaciones propias de la Administración con otras propias de lo judicial.

De lo anotado, por supuesto, hay opositores, así el jurista en ascenso Andrés Fernando Ospina Garzón sostiene que *juzgar a la Administración es juzgar y no administrar*. Pese a advertir en su propio texto que el profesor Bonnard Roger sostiene que anular un acto administrativo sería, de hecho, una forma de tomar una decisión administrativa inversa; esa la razón por la cual los jueces de la revolución en Francia no debían entrometerse en las decisiones administrativas para garantizar la separación de poderes.²⁶⁵

²⁶³ Ibídem., pp. 34 y 37.

²⁶⁴ Ibídem., pp. 42.

²⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. La discrecionalidad administrativa. Ob. Cit., p. 3. “*De otra parte, hay que advertir que los jueces también ejercen, en buena medida, poderes discrecionales (v.g. en nuestro país: art. 280 CPCCN), cualquiera fuera la versión (rígida o flexible) de la división de poderes que, en cada país, haya adoptado el respectivo sistema constitucional. Y aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos (v.g. medidas autosatisfactivas).*”

Para Ospina Garzón la posición anterior es una ficción, pues considera que “*juzgar es juzgar*”, trátase de la Administración o de un particular. Así, señala, “*si juzgar la Administración es administrar, entonces ¿juzgar la validez de un contrato o más aun revisarlo por imprevisión, sería contratar y juzgar a un delincuente sería delinquir?*”²⁶⁶ Ahora bien, juzgar tiene dos connotaciones, según el diccionario de la Real Academia Española, la primera en cuanto es deliberar sobre la culpabilidad de alguien; y la segunda, en cuanto a la razón que asiste a una persona, en un asunto. Luego, conforme al alcance del primer concepto, juzgar a un delincuente no sería delinquir, sino determinar la culpabilidad del autor o partícipe y, como consecuencia, proferir una condena.

Consideramos acertado el pensamiento de Ospina Garzón cuando afirma: *juzgar es juzgar* en el entendido de considerar autónomo el poder judicial en cuanto a su actividad de control. Sin embargo, para nosotros es claro que cuando se examina la valoración que le asiste en un asunto administrativo, finalmente se co-administra al juzgar esa actividad o, en otras palabras, *se administra juzgando*. De igual forma lo sería cuando se juzga la validez del contrato, el juez finalmente adecúa la voluntad de las partes al derecho, porque la autonomía de la voluntad debe ser conforme al orden público y respetar la ley por encima de la voluntad privada.

Luego, a diferencia de la opinión de Ospina Garzón, consideramos que existe una relación intrínseca entre administración y jurisdicción. El primero es la Administración activa, y el segundo administrador por control, por lo que no es una ficción la confusión de poderes, es una realidad, en la cual el Consejo de Estado tentativamente podría estar ubicado en la rama ejecutiva, como la Corte Constitucional en el poder legislativo; pero finalmente no deben estar allí, porque, como veremos más adelante, en primer lugar no son poderes representativos y en segundo lugar son esencialmente contra-mayoritarios; por lo que somos más partidarios de que se destaque su función controladora y se mantenga vinculado a la jurisdicción o al poder judicial tal cual sucede en el caso español.²⁶⁷

Volviendo al criterio de Merkel a propósito de la demarcación de fronteras entre la justicia y la Administración, queda claro que los criterios orgánicos, teleológicos, materiales o funcionales para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa

²⁶⁶ OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿viaje de ida y vuelta?, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 57-65.

²⁶⁷ ORDOÑES SOLÍS, David. La prueba en el procedimiento contencioso administrativo, derecho español contemporáneo, magistrado de lo contencioso administrativo, Ed. Reus, Madrid, 2011. pp. 14-15. “*Ahora bien, en el ámbito del control de la legalidad de la actuación de la Administración es preciso recordar que nuestro sistema de justicia administrativa ha tenido una evolución distinta, por ejemplo, a la de la justicia administrativa francesa donde el principio básico se enuncia así: juzgar a la Administración sigue siendo administrar. En cambio, en España, y sin lugar a dudas, desde la LJCA de 1956 y, desde luego, en virtud de la constitución democrática de 1978, juzgar a la Administración es una competencia del poder judicial.*”

conducen como conclusión definitiva a la pérdida de distinción entre ambas esferas.

Aunque la distinción meramente competencial entre tribunales y órganos administrativos o no judiciales no ofrece una diferenciación satisfactoria, el precitado autor propone una separación estructural, en cuanto que en la Administración de la justicia domina la absoluta coordinación de órganos e independencia entre sí, en la Administración, aunque hay coordinación existe subordinación de acuerdo con un modelo de jerarquía orgánica. Existe subordinación cuando un órgano tiene el derecho de mandar a otro y el deber de obedecer, y existe coordinación cuando son autónomos entre sí.

Las funciones de la Administración se encuentran condicionadas por órganos superiores. El órgano judicial no está subordinado a la orden de otro órgano judicial, inclusive de su superior funcional. La estructura judicial está enmarcada por la autonomía del juez para tomar una decisión frente al superior jerárquico e independencia frente a otras ramas del poder público. Esta es la dualidad que permite marcar una distinción; pero desde una óptica estructural, debe aclararse que la jerarquía judicial en instancias en ningún caso significa una competencia de derogación de mandato o de instrucción sobre la decisión del inferior. En todo caso, *“este criterio de independencia o dependencia junto con los otros criterios, debe ser suficiente por sí solo para distinguir la justicia de la Administración.”*²⁶⁸

En este orden de ideas, es cierto que desde el punto de vista estructural o formal se evidencian elementos esenciales que no se observan en otras funciones estatales (legislativa y administrativa), como lo es la existencia de un tercero imparcial, autónomo e independiente, ajeno al conflicto y obrando dentro de un procedimiento rogado y contradictorio para verificar si una decisión administrativa está conforme con la legalidad y/o es proporcional a los fines para los cuales fue instituida,²⁶⁹ en nuestro caso, de asuntos administrativos que hacen tránsito a cosa juzgada, y que por tanto, a falta de alguno de estos elementos, será imposible hablar de jurisdicción, independientemente de cual sea el órgano estatal que la ejerza transitoria o excepcionalmente.²⁷⁰

El contexto anterior, debe advertirse, obedece a un modelo judicialista, toda vez que, como se expondrá, hay sistemas donde los actos administrativos están por encima de la sentencia de los jueces cosa que, en otras palabras significa, que los jueces están subordinados a la Administración, y que la injerencia del juez es mucho más restringida, porque en otros Estados puede haber una mayor

²⁶⁸ MERKEL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. Op. Cit., p. 51.

²⁶⁹ En el derecho administrativo también opera el principio del debido proceso no obstante de manera más flexible, garantías mínimas previas y posteriores al acto administrativo, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia C-034 de 2014.

²⁷⁰ Por ejemplo, en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia habilita excepcionalmente al Congreso y a las autoridades administrativas para ejercer determinadas funciones judiciales.

autonomía e independencia de la decisión administrativa frente a los otros poderes, especialmente frente a los jueces; se traza así una frontera o separación de poderes más delimitada, estrecha o exigente en otros Estados.

Sección A. Los sistemas del control de la Administración: el modelo administrativista y judicialista.

Los sistemas para controlar la Administración pueden esquematizarse en tres modelos, según el criterio de la profesora Sarria. El primero, es el modelo administrativista, donde el control de las decisiones administrativas está encomendado a órganos de juzgamiento pero que hace parte de la propia administración, con cierta independencia el órgano que tomó la decisión frente a aquel que la revisa. El segundo, es el modelo judicialista. En este evento, el titular del control de la Administración es un órgano plenamente autónomo e independiente que no forma parte del poder administrativo y su actividad es desconcentrada. El tercer modelo es el Mixto, donde se unen las características, tanto del primero como del segundo.²⁷¹

Debe precisarse que algunos autores atribuyen el sometimiento de la Administración al régimen privado y a los jueces comunes como sistemas judicialistas.²⁷² No obstante, en la presente tesis cuando se hace alusión a la Administración se hace alusión a un régimen de poder o de un derecho exorbitante, por lo tanto cuando los jueces controlan la Administración se considerarán como sistema judicialista de la Administración, y administrativista cuando tiene total autonomía de los jueces.

Según Sayagués Laso, la opción de uno u otro modelo corresponde a las circunstancias técnicas, históricas y a factores políticos de cada Estado. De este modo la intensidad de intervención del Estado en los servicios públicos, la intensidad de regulación entre el derecho público o privado y la necesidad del control de dicha intervención, generó en unos países normas peculiares, así como recursos especializados de mayor o menor intensidad sometidos a la propia Administración, sin o con control posterior por parte de los jueces especializados o del juez común. Es indudable que ciertas actividades o situaciones afectan principal e inmediatamente los intereses generales, mientras que otras tienen una trascendencia más particular, relacionada más con las personas o con las entidades privadas. Por lo mismo, aquellas actividades que requieren una regulación jurídica especial, que se logra mediante normas con características

²⁷¹SARRIA, Consuelo H. Control judicial de la Administración pública *in* Justicia administrativa, Ed. Unsta, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, 1981. pp. 25-26.

²⁷² Gamero Casado, Eduardo. Manual Básico de Derecho Administrativo, Ed. Tecnos, Madrid, 2012. p. 543.

peculiares o de ciertas prerrogativas de carácter impositivo, serán las que constituyen el derecho público.²⁷³

Salta a la vista que casi todos los países de Iberoamérica han optado por el sistema judicialista para el juzgamiento pleno de los actos de la Administración pública. El sistema judicialista admite tanto el modelo de unidad de jurisdicción como el de la dualidad o pluralidad de jurisdicciones. En Iberoamérica esta dualidad se presenta en el sistema colombiano en relación con el Consejo de Estado. Pero, como se precisará más adelante, tal dualidad es aparente por el fenómeno de la fagocitosis institucional proveniente de la Corte Constitucional de Colombia mediante la tutela contra providencia judicial.²⁷⁴

No obstante, antes de estudiar la conformación del sistema judicialista, y en particular el colombiano, se itera, debe reconocerse la existencia de dos tendencias, en buena medida opuestas: una, la que podría llamarse tendencia *administrativa* o *ejecutiva*, que reserva la injerencia del poder judicial a sólo ciertas decisiones administrativas; otra, la *judicialista*, la que permite a los tribunales hacer una revisión amplia y plena de la actividad administrativa. *“La primera está propiciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, principalmente a través de la llamada doctrina de la deferencia, que constituye una forma de autorrestricción de los tribunales en el control de la potestad reglamentaria de la Administración. La tendencia judicialista por su lado ha ganado terreno especialmente en el derecho español, donde la doctrina de la deferencia recibe fuertes críticas, y se ha eliminado asimismo la clásica noción del acto de gobierno, tomada del Derecho francés, la cual la mantiene bien limitada.”*²⁷⁵

El modelo anglosajón-británico, es similar al modelo administrativista norteamericano, pues el proceso de creación de tribunales administrativos primarios se presentan en ambos países, por lo que se restringe el poder judicial para controlar la administración y se pasa a una justicia retenida: *“se ha extendido a los países del common law, junto al fenómeno llamado jurisdicción administrativa primaria, en la creación de órganos independientes y especializados. Cabe advertir que el lenguaje jurídico puede llegar a producir equívocos, porque en el sistema anglosajón el concepto de tribunal administrativo implica la encomienda a*

²⁷³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo Tomo I, Ed. Facultad de derecho de Montevideo, 1986. P 19.

²⁷⁴ CASTANO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e interpretación constitucional, Ed. Leyer, Bogotá D.C. 2000. p. 63. Tanto así que sus defensores admiten: *“La Corte Constitucional se erige ahora, a despecho de un buen sector político, letrados y de dirigentes, en un verdadero poder del Estado y de la sociedad misma, hasta el punto de que dejan maltrecha la tripartita concepción montesquiana del mismo. Se coloca por encima incluso del poder judicial, al que pertenece.”*

²⁷⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.p. 265.

*cualquier órgano administrativo las funciones jurisdiccionales, con o sin revisión posterior de los jueces, sin distinguir de la jurisdicción administrativa de la civil.*²⁷⁶

Ahora bien, el magistrado Cassagne afirma: *“las diferencias más notables entre algunos sistemas hispanoamericanos del control judicial de la actividad administrativa (como el argentino) y el modelo norteamericano radiquen, precisamente, en el reconocimiento generalizado en este último, de una llamada jurisdicción administrativa primaria que actúa, tanto en el orden positivo como en el de la realidad, como primera instancia del proceso de revisión de la legalidad de la actuación administrativa.*²⁷⁷

Según el mismo Cassagne, la configuración de la jurisdicción administrativa primaria no implica asimilar el sistema norteamericano y británico, al modelo francés o netamente judicialista como sucede también con el caso argentino y colombiano, basados en tribunales administrativos para juzgar a la Administración, porque en estos la revisión es la jurisdicción plena, la cual conserva la facultad de juzgar.²⁷⁸

Sin embargo, el sistema norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto, entre el judicialista y el administrativo, según el autor referenciado, a diferencia del sistema argentino, y del colombiano que adoptan un sistema judicialista, con base en tres razones fundamentales: *“a) el reconocimiento generalizado de la jurisdicción administrativa primaria para las causas de Derecho Estatutario (statutory law), que son similares a las de nuestro derecho administrativo positivo; b) por la limitación de la revisión judicial, en principio, a los aspectos de fondo o de derecho o por la llamada doctrina de la deferencia, y c) por la exclusión de la revisión judicial de la ley o del marco regulatorio específico, e incluso, por la actuación discrecional de la agencia.*²⁷⁹

Reforzando la idea anterior sobre la restricción judicial, encontramos que en Norteamérica *“el cuerpo de jurisprudencia que conocemos como derecho administrativo se basa en la misma división de la autoridad institucional. También en este caso, el juez concibe su papel de la agencia administrativa en términos de las convenciones que rigen la relación del tribunal del juicio de apelación. La decisión del tribunal de apelación (con raras excepciones) se basa exclusivamente en el registro generado por la agencia. Si necesita más pruebas, el tribunal de apelación se las devolverá a la agencia para el desarrollo de un nuevo registro en lugar de llevar a cabo para determinar los hechos en sí.*

²⁷⁶ Ibídem., p. 84.

²⁷⁷ Ibídem., p. 72.

²⁷⁸ Ibídem., p. 72.

²⁷⁹ Ibídem., p. 73.

*El criterio de revisión, una vez más, se basa en la comprensión convencional de competencia relativa. Y esas interpretaciones, a su vez, se basan en la distinción del derecho-hecho. La agencia, que reúne pruebas y hace el registro, se entiende que tiene mayor competencia para resolver las cuestiones de hecho, si los hechos jurisdiccionales específicos para determinados partidos o hechos legislativos de más amplia repercusión. El tribunal de apelación se caracteriza por tener mayor competencia para resolver las preguntas sobre el sentido de la ley.*²⁸⁰

Agrega Merrill: “en cambio, en los sistemas judicialistas puros, como es el argentino, basado en las cláusulas constitucionales que prohíben al poder ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, el reconocimiento de funciones de naturaleza jurisdiccional; (i) no puede hacerse por vía de una cláusula generalizada; (i) requiere de una ley basada en un fundamento de especialidad y razonabilidad que la justifique; (iii) como también que el órgano o ente que ejerza dichas funciones sea independiente del Ejecutivo, y (iv) exigiéndose, en cualquier caso, que quede siempre abierta la posibilidad de llevar a cabo un control judicial pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba.”²⁸¹

El sistema judicialista es una versión americana de la separación de poderes, caracterizada por la independencia del poder judicial, a diferencia de las concepciones europeas, que potenciaron en sus Constituciones el predominio del legislativo sobre los demás poderes del Estado, siguiendo la versión francesa de matriz roussoniana. “En resumidas cuentas, si el objeto principal de la división de poderes radica en la defensa de las libertades y asegurar el funcionamiento republicano y democrático (cuya base está en el consentimiento del pueblo) de las instituciones, la médula del sistema es el mantenimiento de la independencia de los jueces, como garantía y contrapeso de los demás poderes.”²⁸²

En este mismo sentido, el profesor García de Enterría señala que la doctrina de la deferencia (**ver concepto de deferencia, supra en la p.114**) viene posicionándose en Norteamérica desde el siglo XIX con la sentencia *Chevron*, según la cual los tribunales deben otorgar una especial deferencia a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control judicial, con la llamada teoría de *hands-off*, de manos fuera de los asuntos ejecutivos, en la idea del legislador de delegar arduas cuestiones al ejecutivo, de modo que como

²⁸⁰ MERRILL, Thomas W. Columbia Law Review. Jun2011, Vol. 111 Issue 5, p939-1003. 65p. Materias: ADMINISTRATIVE procedure; APPELLATE courts; PUBLIC law; PUBLIC administration; ACTIONS & defenses (Law); ARTICLES of incorporation; UNITED States; Federal courts of law; Provincial courts of law; Other General Government Support Base de datos: Academic Search Complete. p. 941.

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 72. El artículo 109 de la Constitución argentina prescribe la interdicción de funciones judiciales por parte del poder ejecutivo.

²⁸² *Ibíd.*, p. 75.

sostiene Thomas W. Merrill, todo caso de interpretación de la ley se convierte en un caso de separación de poderes.

En este sentido, apunta García de Enterría que en el caso *chevron* se trataba de enjuiciar unas regulaciones hechas por la Environmental protection Agency, según las cuales se podía tratar a las distintas instalaciones que emiten materias polucionantes del medio ambiente, de un mismo grupo industrial como si estuvieran incluidos en la misma *bubble* (literalmente burbuja, pero con la significación de bloque o conjunto). El Tribunal de instancia calificó ese concepto de *bubble* como contrario a la ley (Clean Air Act), por no definir el concepto, ni explicitar tampoco qué había de entenderse por “fuentes fijas” de emisión. El Tribunal Supremo anuló la sentencia. Cuando un tribunal establece que el congreso al hacer la ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el tribunal no puede imponer simplemente su interpretación de la ley, si la ley guarda silencio o es ambigua con respecto a la materia específica que se trata, la cuestión para el tribunal es si la determinación de la Agencia administrativa está basada en una interpretación permisible de la ley.

La cuestión que debe resolverse, no es si el concepto es o no inapropiado, sino si la idea de la agencia de aquel concepto era el apropiado para aplicar la ley, esto es, si es o no razonable. Si el concepto utilizado por la agencia es una elección política razonable, esa elección debe imponerse al tribunal: éste debe otorgar deferencia a la interpretación de las leyes que hace la Administración, salvo que pueda demostrarse que la decisión es irrazonable o absurda. Un tribunal no puede sustituir con su propia interpretación de un precepto legal, la interpretación hecha por el Administrador de una agencia. Tal silencio se califica normalmente como concepto jurídico indeterminado que empodera a la Administración a conceptuar. Concluye Schwartz: se trata de una carga que muy pocos recurrentes serán capaces de levantar.

Para García de Enterría, un principio cardinal del constitucionalismo americano es que quienes están limitados por el derecho no tienen el poder decisorio sobre el sentido de tal limitación: *“las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente.”*²⁸³ El objeto del derecho administrativo es mejorar la calidad y el respeto de los derechos fundamentales en las decisiones del sector público de una manera amplia y sometida a un organismo imparcial, en lugar de limitarse a contrarrestar la mera arbitrariedad o lo absurdo.

²⁸³ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. Democracia jueces y control de la administración, Ed. Civitas, Quinta edición, Madrid, 2000. pp. 182-194.

En España el debate parece estar superado: *“la potestad jurisdiccional de control, relevante es subrayarlo, que no se circunscribe ya al control de la legalidad de la actividad de la Administración, esto es, a si sus actos y reglamentos se adecuan al ordenamiento jurídico, sino que va más allá, de tal modo que los tribunales pueden incluso entrar a conocer de aquellos actos y disposiciones en los que, formalmente, se haya respetado de modo escrupuloso el marco normativo, pero en los que, sustantivamente, se haya incurrido en desviación de poder, esto es, se hayan utilizado potestades administrativas para fines distintos o desproporcionados de los establecidos por el ordenamiento jurídico.”*²⁸⁴

En consonancia con lo expuesto, en el Estado colombiano existe una injerencia fuerte por parte de los jueces en la Administración, esto es, a semejanza del modelo español, porque el control no se limita a la adecuación de la legalidad del acto, por causa de desviación de poder, o por falsa motivación, entre otras.²⁸⁵ Así lo expresa el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011: Decisiones Discrecionales: *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

El profesor Bianchi se pronuncia sobre la injerencia del poder judicial en la Administración: *“Uno de los eternos dilemas del control judicial de la Administración es la de sus límites o alcances, y en no pocos estudios doctrinarios. Se trata sin dudas de uno de los capítulos centrales de la división de poderes, y si estamos de acuerdo con Bernard Schwartz en que el derecho administrativo consiste esencialmente en el control de la discrecionalidad.”* Agrega que se debe tomar conciencia de como *“la cuestión se torna especialmente delicada cuando ante la revisión de un reglamento delegado o ejecutivo, el tribunal no está de acuerdo con la interpretación administrativa de la ley, pese a ser ésta razonable o exenta de arbitrariedad. ¿Puede en este caso el juez imponer su propia interpretación y anular el reglamento, o debe respetar la que ha efectuado la Administración en el ámbito de una normal discrecional?”*²⁸⁶

Señala el profesor Cassagne que la justicia administrativa no puede seguir acotada por un dogma que, en sí mismo, resulta incompatible con el principio de división de poderes que proclama al reconocimiento de la plena potestad judicial para controlar los actos de la Administración, en beneficio inclusive del propio interés público de mejorar la función administrativa. Sin embargo, es aquí donde se le plantea a dicho profesor que inevitablemente hay una confusión del principio de división de poderes cuando los jueces entran a ser parte de la Administración.

²⁸⁴ BURZACO SAMPER, María. Derecho administrativo Tomo II, Ed. Dykinson s.a, Madrid, 2011. P. 117.

²⁸⁵ Artículo 137 de la ley 1437 de 2011.

²⁸⁶ BIANCHI Alberto. El control judicial de la Administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia *In* El derecho público a comienzos de siglo XXI, estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS. p. 2265.

No es pues en el entendido de la clara separación del poder judicial y el administrativo, que los jueces deben gozar de independencia para juzgar los actos administrativos, sino por la confusión de poderes en el momento de tomar el juez la decisión en relación con el acto administrativo. En todo caso, algo menciona él en su trabajo publicado en la revista española de derecho administrativo, en cuanto el control judicial de la discrecionalidad de la Administración no puede desconocer los peligros que genera; en algunos países, la judicialización ilimitada de la actividad administrativa o el exceso de jurisdicción obedece a múltiples causas que vinculan el funcionamiento del sistema administrativo.²⁸⁷

*“De otra parte, hay que advertir que los jueces también ejercen, en buena medida, poderes discrecionales, cualquiera fuera la versión (rígida o flexible) de la división de poderes que, en cada país, haya adoptado el respectivo sistema constitucional. Y aunque no ejercen las funciones que competen a la Administración pueden, excepcionalmente, sustituir sus decisiones, cuando sea imprescindible para la realización de la justicia, en supuestos en los que no exista otra posibilidad de realizarla o sea la única solución válida, sin perjuicio de las medidas cautelares que tiendan a proteger los derechos de los particulares durante el pleito o con independencia del proceso principal, para realizar la tutela urgente y de manera efectiva de los derechos individuales o colectivos.”*²⁸⁸

Queda claro, entonces, como en la mayoría de los países americanos se prescribe la supremacía de la Constitución en el marco del equilibrio de poderes, sin prevalencia de unos sobre otros, lo cual ha hecho posible el desarrollo tanto de las potestades discrecionales de la Administración como del control judicial sobre la razonabilidad de su ejercicio.²⁸⁹

²⁸⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El sistema judicial y la llamada judicialización de la actividad de la Administración, Revista española de derecho administrativo, núm. 133, Madrid, 2007, pp. 5 y ss.

²⁸⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. Ob. Cit., p. 175.

²⁸⁹ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 2007. pp. 163 y 177. Vedel afirma: “La Administración no se encuentra nunca en una situación de pura discrecionalidad, siempre requerirá de competencia, motivos facticos y jurídicos y el fin en el cual se fundamenta...FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera como un sofisma puro y simple el ya tradicional dilema entre conceptos de legalidad y oportunidad, que ha servido para deslindar los ámbitos de facultades regladas y de las discrecionales. (...) toda vez, que la elección de oportunidades por la Administración equivale al ejercicio de una potestad discrecional y la discrecionalidad, hoy día, no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley, y en la medida que la ley lo haya dispuesto...No obstante, este parecer dista mucho de ser pacífico o claramente mayoritario en la doctrina. Autores como PAREJO ALFONSO sí mantienen la diferenciación entre ambos conceptos- legalidad y oportunidad-, basado en la jurisprudencia alemana, toda la dimensión, toda la dimensión de oportunidad propia de las facultades discrecionales quedaría excluida del control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.”

Según Cassagne, remitiéndose a las ideas de Parejo Alfonso²⁹⁰ y del profesor Sánchez Moron,²⁹¹ los jueces deben limitarse a ejercer un control jurídico sin interferir en los aspectos técnicos o políticos de la decisión administrativa, y las técnicas de control no pueden encubrir la apropiación del ámbito de la discrecionalidad por los jueces, adscrito a la Administración por la ley.

Los cuestionamientos de la presente tesis acogen las ideas de Cassagne, por haber suscitado grandes discrepancias doctrinarias en cuanto al alcance del control judicial de la discrecionalidad de la Administración²⁹² y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa.

En esta misma línea de pensamiento, señala Moreno: “los defensores de la reducción del control de la discrecionalidad, apoyándose en la legitimación democrática de la Administración, denuncian los pretendidos riesgos del activismo judicial, porque la utilización de las técnicas de control puede llevar a los tribunales -si se abusa de ellas, y ejemplos existen en nuestra jurisprudencia- a adoptar una posición que está reservada constitucionalmente a la Administración, sustituyendo la discrecionalidad administrativa por la judicial. Desde la perspectiva opuesta se sostiene que la legitimación democrática de la Administración no puede llevar a una imitación del control judicial de la discrecionalidad administrativa, sino más bien a todo lo contrario, a un ahondamiento de la sumisión de la Administración a la ley y al derecho y, correlativamente, a una profundización en el control de la discrecionalidad mediante el alumbramiento de técnicas de control más incisivas.”²⁹³

En todo caso, sabemos y la Ley 1437 lo confirma, que las potestades discrecionales deben ejercerse legítimamente y con la debida adecuación a sus

²⁹⁰ PAREJO, Alfonso. Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Ed. Tecnos, Madrid, 1993. p. 48.

²⁹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Ed. Tecnos, Madrid, 1994. pp. 92 y ss. Destacamos: “(...) La discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterio políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (economía, social, organizada), según los casos...”

²⁹² MORENO, Faustino Cordon. Revista de Derecho (16081714). 2002, Vol. 3, pp. 157-167. p. 11 Language: Spanish. Base de datos: Fuente Académica Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Y la jurisprudencia ha ratificado este criterio: “existen situaciones en que son posibles varias soluciones de índole sustancialmente igual en cuanto a la justicia y procedencia de las mismas y claro es, que en uno de estos supuestos la decisión administrativa no puede ser sustituida por la judicial.”

²⁹³ Ibídem., p. 157.

fines, o, desde otro punto de vista, de conformidad con los principios generales del derecho.²⁹⁴ Sin embargo, *“lo fundamental es retener que las técnicas de control siempre tendrán el límite de lo jurídico y, por lo tanto, no pueden pretender sustituir la decisión administrativa por la judicial en aquellos ámbitos en los que el ordenamiento ha atribuido a la Administración un poder discrecional “fuerte”. Como ha dicho el Tribunal Supremo, esas técnicas no significan la eliminación del concepto mismo de discrecionalidad, sino su delimitación, dado que siempre queda un último núcleo de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por la judicial.”*²⁹⁵

Ahora bien, bajo el juicio de proporcionalidad de la actuación, la falta de motivación o calificar como erróneas las decisiones que puedan adoptar los jueces, así como la falta de adecuación entre los hechos y la decisión, e inclusive atribuir en sus decisiones principios de igualdad, puede sustancialmente llevar a que el juez modifique los aspectos socio-económicos y de oportunidad²⁹⁶ dentro los cuales la Administración desarrolla sus fines. En este caso, inevitablemente, directa o indirectamente, se está interviniendo en las decisiones propiamente de carácter económico de la Administración, presentándose, una alta e inevitable relación entre lo jurisdiccional y lo administrativo, por lo menos en los sistemas judicialistas, que buscan con mayor amplitud el control de la Administración por los jueces. En todo caso, la frontera entre legalidad o legitimidad y oportunidad es bastante difusa e imprecisa, parece ser un falso dilema, lo mismo que entre la asimilación de oportunidad y discrecionalidad.

El control judicial se ejerce sobre decisiones administrativas, las cuales a su vez se fundamentan esencialmente en juicios o reglas técnicas. Señala el profesor Cassagne que, en suma, lo técnico forma parte del mundo jurídico e inclusive del control de la razonabilidad, porque de lo contrario si los juicios técnicos fueran inmunes al control de los jueces, se cercenaría la tutela judicial efectiva. Por las razones expuestas, agrega el citado profesor, en los principios que rigen la configuración del régimen judicialista argentino no es posible proyectar el criterio de la deferencia, propio del sistema norteamericano, según el cual los jueces no penetran en el análisis de los juicios técnicos o especializados de la Administración, salvo irrazonabilidad grave o manifiesta.²⁹⁷ Igual sucede en Argentina, y lo mismo diríamos del sistema jurídico colombiano.

²⁹⁴ Artículo 36- Ley 1437 de 2011: Decisiones discrecionales: *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 160.

²⁹⁶ Observo la oportunidad administrativa como la elección de la Administración en cuanto a determinar el interés general, *el objeto que se ajuste a este mediante una forma dada en un momento dado*, que en todo caso guarda coherencia entre la legalidad y la razonabilidad.

²⁹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. *Ob. Cit.*, pp. 208-209.

En todo caso, dentro de estos mismos lineamientos, el control judicial no implica invalidar las reservas de los otros poderes del Estado. El juez puede controlar a través de peritos el ejercicio correcto y razonable de los juicios técnicos de la Administración, por más alta complejidad que contengan. La alta estructuración no es argumento que justifique válidamente que los jueces eludan el control de la actividad administrativa que les asigna e impone la Constitución.²⁹⁸

En Colombia, y como sucede igualmente en Argentina,²⁹⁹ no cabe duda que al controlar el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración, los jueces pueden revisar y verificar plenamente la materialidad y exactitud de los hechos y del derecho, obedeciendo al principio de tutela judicial efectiva. Se ha considerado que en determinadas circunstancias (si se hubiere garantizado en el procedimiento derecho el de defensa) las cuestiones de hecho no son susceptibles de revisión judicial. El derecho norteamericano, sin embargo, choca con los principios de nuestro sistema judicialista, que prescribe la revisión judicial plena de toda la actividad administrativa, con amplitud de debate sobre el hecho, el derecho aplicable y el control de la prueba.³⁰⁰

En el sistema judicialista puro que se plantea en la revisión judicial de la discrecionalidad o de los juicios de oportunidad, se encuentran argumentos según los cuales los juicios de la rama judicial no pueden sustituir las razones de oportunidad o la apreciación del interés público que realiza el órgano administrativo. En cualquier eventualidad, debe apelarse al criterio de equilibrio de poderes, dado que, por ejemplo, en la construcción de una vía terrestre, la Administración tenga la competencia de determinar por dónde cruzar la vía. No obstante, la Administración está sometida al control judicial que examina si la decisión cumple con las medidas ambientales, de no cumplirlas, el juez co-administra prohibiendo dicha acción, pero dejando al administrador la posibilidad de realizar un trazo nuevo que no interfiera con humedales de especial protección, con zonas de reserva forestales o con áreas culturales protegidas. Sin duda hay aquí una armonía en la actividad de la Administración y en la de control. Lo que no podría hacer el juez es limitar la separación de funciones.

Sin embargo, y, excepcionalmente, se presentan ciertas circunstancias donde la jurisdicción sí puede entrar a sustituir de manera más directa la decisión de la Administración cuando no se adecúa a la legalidad. Ejemplos los encontramos en los casos en que la jurisdicción anula la adjudicación de un contrato hecho por la Administración y dispone la sustitución del acto administrativo por la decisión de

²⁹⁸ *Ibidem.*, p. 209.

²⁹⁹ *Ibidem.*, p. 206.

³⁰⁰ SCHWARTZ, B. *Administrative law*, 3Ed. Little Brown and Company, Boston, 1991. p. 481.

adjudicarla a la parte demandante, por atender a criterios de economía, de igualdad de trato y de transparencia en la adjudicación del contrato.

A lo anterior nosotros lo llamaríamos un control judicial, no suficiente,³⁰¹ sino más bien prudente, donde el juez en su labor de juzgar a la Administración, lo hace de acuerdo con los límites que impone la separación de poderes, sin restarle autonomía al control de la discrecionalidad, porque el juez en todo caso debe respetar las interpretaciones razonables de la Administración sin entrar a decidir cuál de las opciones considera la más razonable, correcta u oportuna, porque tal selección para lograr los fines del interés general es competencia de la Administración. Cosa diferente es que el juez entre a determinar cuáles elecciones resultan irrazonables, al confrontarlas con derechos fundamentales, para que la Administración no las tenga en cuenta, y sólo se mueva en las demás opciones. En todo caso, al quedar una sola decisión razonable, es cuando la jurisdicción debe entrar a sustituir la competencia de la Administración, porque es evidente su obrar caprichoso o arbitrario.

Para el caso español, Tomas Ramón Fernández ha señalado: *“la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valor si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecia una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión, resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”* (...) Termina en aceptación serena que no se sustituye la decisión de la Administración cuando la impugnación afecta al núcleo de oportunidad de que integra la esencia misma de la discrecionalidad, caracterizada por la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicamente indiferentes. (...) En cambio cuando no afectan dicho núcleo, las sentencias no dudan en acordar la anulación. Así ocurre en el supuesto resultado por la sentencia de 15 de marzo de 1993, relativa al Plan General de Granollers que había calificado como “verde privado de interés especial”, calificación que el propio plan reservaba para “aquellos espacios no edificables con una vegetación que conviene proteger o integrar a un ambiente o entorno a preservar” una parcela entre medianerías al descubierto, rodeada por un horizonte de cemento, en la que según la prueba pericial en autos, no existía ningún árbol destacable y vigoroso, ni siquiera sano, con insuficiencia de luz y de agua idónea para el riego, de fertilidad pobrísima y sometido a un alto grado de contaminación por su colindancia con una

³⁰¹ El profesor CASSAGNE, en su libro *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración*, se refiere al control suficiente de la actividad administrativa.

*vía de intenso tráfico vehicular, circunstancias de hecho éstas que impedían subsumir el terreno litigioso en la norma reguladora de la categoría aplicada.*³⁰²

Por otro lado, también debe destacarse un ejemplo en los fallos del juez español Javier Delgado Barrio en materia de adjudicación de un contractual en el que los dos convocados tenían un excelente nivel, pero en esta situación de igualdad se resolvió adjudicar el contrato al licitador que había hecho una rebaja menor sobre el precio tipo fijado en la convocatoria y por lo tanto la jurisdicción entró a anularlo y a adjudicarlo al otro convocado, en este sentido afirma Tomas Ramón Fernández: *“me resulta inimaginable que uno solo siquiera se hubiere opuesto a esta solución, so pretexto de que, al resolver de este modo, el Tribunal estaría desconociendo la libertad de la Administración e invadiendo su terreno, violando así el principio de separación de poderes, que forma parte de los cimientos del sistema. Hay que estar tan obnubilado por las lecturas abstractas como D. Quijote por la de los libros de caballería para llegar a una solución semejante.”* No obstante, debe advertirse de los torpes consejos tendientes a establecer que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados” porque esto va en contra de la tutela judicial efectiva.³⁰³

Sin embargo, la doctrina del profesor Jefferson sostenía lo peligroso del poder judicial para controlar decisiones del ejecutivo en la idea de separación de poderes: la *“judicial review is a very dangerous doctrine indee,”* toda vez, que todos los miembros de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial han prestado el mismo juramento de lealtad a la Constitución, por esta razón los tribunales deben dar deferencia a la interpretaciones de hecho y de derecho que realiza la Administración, más aun, cuando son políticamente responsables, por lo que la separación de poderes y equilibrio de poderes permiten entonces que ningún poder llegue a ser omnipotente sobre los otros.³⁰⁴ En este sentido, el juez debe jugar un papel mínimo y permitir a los órganos políticos electorales tomar libremente la decisión de los intereses generales, porque de lo contrario estaría invadiendo las competencias y rompiendo con el principio de separación de poderes.

En este orden de ideas, entendemos por doctrina de la deferencia: *“La interpretación administrativa de los términos de una ley o la legalidad del acto no tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor a menos que aquella sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea.”*³⁰⁵ Ahora bien, en el sistema británico la discrecionalidad puede llegar a ser tan amplia que se permite la

³⁰² DELGADO BARRIO, Javier. El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrios, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015. pp. 39-42.

³⁰³ Ibídem., pp. 43-44

³⁰⁴ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. Democracia jueces y control de la administración. Ob. Cit., p.199.

³⁰⁵ VÉLEZ GARCÍA Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo. Op. Cit., p. 93.

delegación de la legislación a la Administración en diversos asuntos, situación que se puede asemejar a los decretos legislativos de manera excepcional propio del sistema continental europeo. No obstante, frente a los mismos procederá en Inglaterra el recurso “*ultra vires*” equivalente en el derecho inglés al recurso por exceso de poder o por desviación en el ejercicio del mismo interpuesto ante la corte suprema inglesa por considerarse irracionales o absurdos.³⁰⁶

Sección B. Los jueces y el control de la Administración en el sistema de la *common law* - sistema monista británico y norteamericano -.

Con la introducción de la Carta Magna en el reinado de Juan Sin Tierra en el 1215, para algunos historiadores Inglaterra en el siglo XIII era una especie de monarquía constitucional, en la que los poderes de la corona estaban limitados por el parlamento. También se afirma que posteriores normas jurídicas no tendrían, en sí, un cambio sustancial en Inglaterra.³⁰⁷ Otros, en antítesis, sostienen que la Carta Magna es un documento feudal, una de las tantas cartas generales acordadas entre los estamentos y el príncipe sin fines revolucionarios, pues no establecen nada nuevo, ni mucho menos una declaración general de los derechos de los ingleses, sino que muy por el contrario, buscaba restablecer antiguas costumbres favorables a la clase privilegiada (la nobleza). En Inglaterra, el monarca, en contraste con otros estados occidentales, quedó subordinado al parlamento, por consiguiente sólo se puede decir que cambió el sujeto soberano; es decir que se pasó del monarca al parlamento.³⁰⁸

Ahora bien, desde entonces el parlamento inglés está por encima de la *common law*,³⁰⁹ pero con ello no se quiere decir que en algún momento histórico no haya sonado la idea para los ingleses de poner a los jueces por encima del propio parlamento: “*De aquí que para el juez Coke (1552-1634),³¹⁰ el Estado británico está compuesto de modo principal por tribunales; el mismo parlamento era un*

³⁰⁶ BURZACO SAMPER, María. Derecho administrativo Tomo II. Ob. Cit., p 117.

³⁰⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado, Séptima edición, Ed. Manuales de la revista de occidente, Madrid, 1964. pp. 249-250.

³⁰⁸ Ibídem., p. 250.

³⁰⁹ MORINEAU, Marta. Una introducción al *Common Law*. Ob. Cit., pp. 24-25. “(...) la ley emana del parlamento, a través de los *Acts of parliament*, aunque también existe lo que los ingleses hablan de legislación delegada o subordinada, constituida por disposiciones de carácter reglamentario, que pueden provenir de la reina y su Consejo (*orders in Council*), de los ministros (*statutory instruments*), y de las autoridades locales (*by-laws*)...Constitucionalmente el parlamento, como órgano legislador, tiene plena soberanía, consecuentemente un *acts of parliament*, debe ser aplicado, **sin mayores trámites, por los mismos tribunales.**” (negrilla fuera del texto original). Cualquiera diría que la “ley es lo que el juez dice”, pero en Inglaterra el Parlamento puede pronunciarse sobre la decisión judicial, inclusive ser inmune al control judicial.

³¹⁰ COKE. *Institutes of the law of England* (1628), se refiere a todo el derecho inglés en cuatro partes.

tribunal, y como veremos después, sus acuerdos debían estar sujetos, según Coke, a la prueba de *common law*. Luego para Coke era clara la negación de que el poder discrecional del parlamento sobre los jueces; debía por el contrario estar encuadrado al *common law*, es decir limitado por este, el derecho sometía al mismo parlamento;³¹¹ de manera que cuando un estatuto fuera contrario al *common law*, a la razón, o de imposible ejecución, el *common law* debía predominar sobre él y pronunciar su nulidad.³¹² Coke planteaba la idea contraria a concretar la soberanía en una institución cualquiera que no fueran los jueces, en una época donde se requería de una constante legislación.

Es el mismo Parlamento quien enmarca el denominado *rule of law* que de manera general, podemos decir, tiene para Inglaterra el significado que tiene para nosotros el Estado de Derecho en el liberalismo continental, es decir que mandan y gobiernan las leyes, no los hombres. “El *rule of law* significa, en primer lugar, la absoluta supremacía del derecho ordinario y excluye la existencia de arbitrariedad o incluso de **la amplia autoridad discrecional** por parte del gobierno, según afirmaciones de Dicey.”³¹³ (Negrilla fuera del texto original).

Por derecho ordinario se entiende el *statute law* (legislación) y la *common law*, pero el primero tiene supremacía sobre el segundo, de manera que puede ser modificado por la legislación; el poder de Inglaterra está en el Parlamento, ya que, al revés de los órganos legislativos de otros países, no tiene limitadas sus facultades por la Constitución. El parlamento británico en virtud de su soberanía legal puede darle el adecuado alcance. Por otra lado, el *rule of law* según Wadey Phillips “significa igualdad jurídica o igual sujeción de todos ante el derecho ordinario del país, administrado por tribunales ordinarios; el *rule of law*, en este sentido, excluye la idea de cualquier exención de los funcionarios o de otros del deber de obediencia al derecho que rige a los demás o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios.” Este principio excluye a la jurisdicción administrativa y a un estatuto especial de funcionarios, de modo que dice textualmente el constitucionalista García Pelayo, “entre el *rule of law* y lo que es llamado derecho administrativo, felizmente, no hay en Inglaterra nombre para ello, hay el contraste más agudo posible.”³¹⁴

Arguye García Pelayo que “tampoco en este caso, la realidad jurídica inglesa se corresponda con la proposición de Dicey. Pues en primer lugar, ciertas entidades gozan de privilegios e inmunidades con respecto al derecho ordinario, y, en segundo lugar, una serie de decisiones judiciales que afectan a los derechos privados competen, no

³¹¹ Consideramos incorrecta la idea según la cual el control constitucional haya surgido en Estados Unidos, tal vez, correcto será que se aplicó en Norteamérica o se puso en práctica la idea allí a través de la sentencia del juez Marchal.

³¹² *Ibídem.*, p. 262.

³¹³ *Ibídem.*, p. 279.

³¹⁴ *Ibídem.*, p. 280.

*a un tribunal ordinario de justicia, sino a cuasi tribunales y autoridades administrativas”*³¹⁵ En materia de intervención del Estado en la economía ha dado lugar a una serie de tribunales cuyos miembros están nombrados por los Departamentos Ministeriales, son responsables ante ellos y siguen un procedimiento peculiar. García Pelayo remite a C.K Allen, que la situación del ciudadano inglés sin duda alguna para la época de 1945, convence a cualquiera que se cuide de estudiarlo de que es infinitamente más fácil para un ciudadano de Francia que para uno de Inglaterra proceder a una reclamación contra el Estado. De lo que permite afirmar García Pelayo en 1970, “que en Inglaterra no falta el derecho administrativo, pero sí un sistema adecuado de garantías del ciudadano frente a sus excesos.”³¹⁶

Luego, de conformidad con la anterior afirmación, podemos atrevernos a decir que García Pelayo sostenía que es posible garantizar una relación equitativa mediante un ordenamiento, sin necesidad de normas especiales entre el Estado y el particular.

Se debe tener en cuenta que la Constitución inglesa no es fácil de definir, no se encuentra un texto escrito determinado y referido como tal en el ordenamiento inglés; esta se expresa en la propia legislación o inclusive en decisiones judiciales. La Constitución inglesa es parte de la ley y no separada de la ley. Como sostiene Fioravanti: “*el parlamento inglés es calificado de soberano sobre todo por excluir que él y su ley deriven de la ley constitucional querida por el poder constituyente del pueblo soberano. En suma, las constituciones de ese tiempo pueden ser estatales o tal vez parlamentarias, pero ciertamente no son de ninguna manera constituciones democráticas porque todas excluyen el proceder de un poder constituyente, es estar legitimadas por el principio democrático.*”³¹⁷

Entonces, las constituciones democráticas no siguen la línea de la tradición inglesa. En suma, las constituciones tienen la necesidad de contener en sí las grandes decisiones del poder constituyente, enunciándolas con otras igualmente grandes normas de principio, sobre todo en materia de derechos fundamentales y de igualdad. Por ejemplo, en cierto sentido, la Constitución de Weimar de 1919 es el comienzo de las constituciones democráticas; en pocas palabras, ya no se limita el ordenamiento de poderes y el reenvío a la ley a garantizar los derechos; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generales compartidos que el poder constituyente ha colocado con base en la convivencia civil.³¹⁸ “*Sobre esta base, y también en el caso de la*

³¹⁵ *Ibíd.*, p. 281.

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 282.

³¹⁷ FIORAVANTI, Mauricio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días, traducción de Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, primera reimpresión, Madrid, 2007. p. 147.

³¹⁸ *Ibíd.*, pp. 149-150.

*Constitución de Weimar de la que el propio Schmitt se ocupa directamente se fueron reuniendo los otros elementos que caracterizan la constitución y que en general derivan de la tradición del constitucionalismo liberal: **la separación y el equilibrio entre los poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas, para Schmitt se trata de elementos esenciales, de primera magnitud.***³¹⁹(Negrilla fuera del texto original).

Contrario a la tradición inaugurada por Rousseau, Kelsen pensó que la Constitución democrática no es tal por haber sido querida por el pueblo soberano mediante el ejercicio del poder constituyente originario. Si pretende ser democrática es precisamente porque ya no derivan de la voluntad del sujeto que puede considerarla fruto de sus propias elecciones, las constituciones son constitucionales sin autor, ausentes del peligro de ser consideradas como propias. Para Kelsen, las constituciones son democráticas cuando carecen de dueño, cuando niega a todos la posibilidad de dictar de manera autorizada su interpretación auténtica conforme a la voluntad del soberano. En este punto, no hace más que realizar el ideal democrático restableciendo los derechos de las minorías y rechazando el intento de utilizar la ley para afirmar el dominio de las mayorías. En todo caso, las interpretaciones de Schmitt y Kelsen se pueden ver como dos concepciones alternativas.

Retomando el hilo conductor que se centra sobre el derecho administrativo, el tratadista Vázquez Alfaro explica que los sistemas dualistas y de unidad de jurisdicción tuvieron un mismo origen desde el punto de vista histórico, pero sufrieron una evolución divergente. Mientras que en Gran Bretaña la monarquía fracasó y las jurisdicciones especiales creadas por el rey fueron suprimidas; en Francia, el absolutismo triunfó y la monarquía prohibió a los jueces del poder judicial examinar los actos de los administradores.³²⁰

Sin embargo, en lo relacionado con Inglaterra, a partir de la primera posguerra mundial, se inició una etapa caracterizada por la vigorosa intervención del Estado en los ámbitos económico y social, hecho que se acompañó de una abundante *legislación delegada*, y que dio como resultado la multiplicación de órganos y de procedimientos en el seno de la Administración pública. También proliferaron a partir de esta época los *administrative tribunals*, que más que tribunales son órganos de la Administración que realizan funciones reglamentarias y cuasi jurisdiccionales.³²¹

“La estructura actual de la jurisdicción británica data, con algunos cambios, de 1873, año en que se expiden las Leyes de Judicatura:

³¹⁹ Ibídem., p. 152.

³²⁰ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis: el control de la Administración pública en México. Ob. Cit., p. 159.

³²¹ Ibídem., p. 160.

- 1) *Órganos supremos. La House Lords (Cámara de los Lores) es el supremo tribunal en Gran Bretaña y resuelve en última instancia aquellos casos excepcionales en los que procede su intervención.*
- 2) *Organización de los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria:*
 - a) *En el vértice superior de la pirámide judicial se encuentra la Suprema Corte de Justicia, la cual se divide en dos ramas;*
 - b) *La Corte de Apelaciones (Court Appeal), formación en la que conoce de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los tribunales distribuidos en el territorio del reino (County courts) y contra algunas resoluciones de la High Court, y*
 - c) e) *La Alta Corte de Justicia (High Court Justice) que, a su vez, se divide en cinco órdenes:*
 - *La Sala de la Corte del Rey: (King's Bench Division of Queen's Bench Division);*
 - *La Sala de la Cancillería o Equidad: (Chancery Division);*
 - *La Sala del Fisco;*
 - *Exchequetur Division;*
 - *La Sala de Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo: Probate, Divorce and Admiralty Division, y*
 - *La Sala de los juicios ordinarios.*³²²

El sistema jurisdiccional británico ha evolucionado en esa dirección a partir de la creación de los *administrative tribunals*, competentes para conocer de ciertos asuntos administrativos. También existen jueces de apelación especializados en las cuestiones administrativas. A partir de 1978 se empezó a desarrollar la *application for judicial review*, que es un recurso cuya amplitud y alcance han sido precisados, en 1983, por la Cámara de los Lores: *"Todas las vías de recurso aplicables a las violaciones de los derechos garantizados por el Derecho Público pueden ser obtenidas mediante una demanda de control jurisdiccional."*³²³

Por su parte, la profesora Elizabeth Fisher, en su libro *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*³²⁴ enseña que entre la cultura legal del Reino

³²² *Ibídem.*, p. 161.

³²³ *Ibídem.* p. 161.

³²⁴ TUSHNET, Mark. *Constitucionalismo and judicial review*. Ed, Palestra, Lima, 2013. pp. 60, 61, 64. En relación al concepto de Constitucionalismo, lo define, en primer lugar, como el deber de los gobiernos de mantenerse dentro de los límites exigidos por el constitucionalismo, es un compromiso puramente normativo por parte de los funcionarios de los gobiernos de respetar aquellos límites. En los sistemas parlamentarios como en el Reino Unido, normalmente se apoyan en acuerdos constitucionales para garantizar los límites del gobierno, esto es que los servidores civiles acogen los compromisos normativos y de seguir las instrucciones de sus siempre cambiantes superiores políticos. En un segundo lugar, un sistema político de elecciones democráticas y la separación de poderes. *"Como mínimo, el constitucionalismo puede requerir algún grado de independencia de los tribunales, elecciones razonablemente justas y regulares, y un sistema*

Unido y Estados Unidos, pese a tener el mismo tronco en común del *common law*, en el modelo británico tanto la ley administrativa y constitucional se colapsan una y otra, sin que arroje diferenciación alguna; es decir, es difícilmente delimitable. La Administración en el Reino Unido ha sido de carácter pluralista, pero más política que de carácter jurídico. Señala Fisher que, en contraste, en los Estados Unidos, la Administración constitucional federal claramente distingue los debates sobre el constitucionalismo y denota un carácter jurídico por naturaleza, lo cual establece el control judicial de la Administración con mayor facilidad. Por otro lado, la Administración constitucional federal se lleva a cabo en el ámbito jurídico. Términos legales y las cortes han dominado ese discurso, en contraposición con el Reino Unido donde la Administración no se considera tradicionalmente de ley en estricto sentido; históricamente las cortes allí han jugado un papel muy marginal en la toma de decisiones para tener en cuenta. El marco jurídico para las acciones del ejecutivo en el Reino Unido son mucho más amplias en la delegación de poderes a la Administración: “*There is also little in way of judicial review litigation in this area, and thus the court have played no role in promoting particular understandings of administrative constitutionalis.*”³²⁵

En todo caso, en el Reino Unido, es muy poca la atención que se le presta a la jerarquía del juez, porque simplemente este no juega un papel crucial en la formación y limitación de la Administración pública para tenerla en cuenta. Insistimos en sostener que no sucede lo mismo en Norteamérica, donde la Administración ha sido desarrollada forma de legislación y resolución de casos (*the case of law*). En los Estado Unidos, así como sucede en Colombia, las cortes se han vuelto el mayor *fórum* para debatir la legitimidad de la acción de la Administración, aunque en Estados Unidos, de manera más tímida.

El Reino Unido, como hemos afirmado, no tiene una ley formal que señale el entendimiento y prescriba el cómo desenvolver y limitar la Administración pública en función de sus tareas. La Administración se conforma por expertos autorizados; de un lado, en el Reino Unido la Administración pública, en cuanto a la toma de decisiones se ha basado tradicionalmente en *deliberative-constitutive* (DC), y por otro lado, y a partir de la remodelación del sistema del año 1980, a través de *Rational-instrumental* (RI). En cuanto al último, la pericia es altamente racionalista y estrictamente definida dentro de un método; la pericia suministra los hechos, base de la acción administrativa, limitando la legislatura en el entendido que solo los actos se fundamentarán en la evidencia. Desde una perspectiva de DC, la experiencia en que se basa es mucho más amplia y alguien puede ser experto por

razonablemente abierto de libre expresión, para una versión ligera de constitucionalismo, ninguna de estas tres bases institucionales debe ser muy exigente. La independencia judicial no requiere que algún juez tenga el poder de indicar que alguna norma sea inconstitucional, aunque probablemente sí requiera que algún juez, tenga el poder de determinar que alguna acción ejecutiva no está autorizada por la ley, como un mecanismo para asegurar que se satisfagan condiciones mínimas de la supremacía de la ley.”

³²⁵ FISHER, Elizabeth. Risk regulation and administrative constitutionalism, Ed. Hart Publishing, Oxford and Portal Oregon. North America, 2008. p. 55.

y por sabiduría: es una institución constituida para direccionar los problemas complejos a través de una constante deliberación.³²⁶

Nuevos cuerpos administrativos fueron creados como efecto de la industrialización y del urbanismo en el Reino Unido, tales como el inspector de Industrias, de Salud Pública, inspector de Ferrocarriles; y entre otras, la pregunta es cuál es la naturaleza de la función que deben cumplir estos cuerpos y dentro de cuál paradigma; es decir, si dentro del paradigma (DC) o (RI). Dentro de este último grupo la Administración Pública es un cuerpo de expertos relacionados con meros asuntos científicos. Tempranamente la mayoría de los experimentos administrativos estuvieron en la base del paradigma (RI) y la legislación estableció precisas reglas para una inspección y con muy poca discrecionalidad otorgada a los cuerpos locales en la ejecución. En todo caso quienes apoyaban el paradigma DC sostenían que el peritaje sólo debía ser reconocido como una entrada en la toma de decisiones. El paradigma DC ganó presencia en legislatura de 1874, que concedió a los inspectores un amplio, flexible y ambiguo margen denominado *best practice means*; este concepto era usado para hacer cumplir, más que para limitar los tempranos actos administrativos.

Debemos comprender que el paradigma DC fue relacionado con el concepto de *generalist civil service*, el cual constituye las raíces en el siglo XIX de la Administración Pública en Reino Unido y se estructuró en la mayor parte del siglo XX. En todo caso, la autoridad de la función pública, *civil service*, no deriva directamente de un razonable peritaje. En lugar de eso, de una habilidad de la razón y del debate. La Administración Pública fue constituida como una permanente institución de deliberación para resolver complejos problemas. Los departamentos administrativos fueron creados usualmente para el uso de poderes prerrogativos con amplias bases y les fueron dados amplios rangos de poder, que llegó al punto de ser un poder legislativo.³²⁷ En todo caso, hay una enorme independencia de la Administración frente al poder judicial, ya que la Administración goza de una discrecionalidad de valoración para resolver problemas y adoptar medidas. Mientras los departamentos del Gobierno central no son simples instrumentos de los partidos de Gobierno, incluso no hay cambio de personal por el hecho de un cambio de Gobierno; el *civil service* está para servir los intereses públicos no solo los intereses del partido.

Todo lo últimamente expuesto demostraba y reflejaba el hecho de que las bases de la acción administrativa eran las razones deliberativas más que los análisis

³²⁶ Ibídem. p. 67.

³²⁷ Ibídem., p. 68. "(...) *Administrative departments were constituted (usually through the use of prerogative power) on a broad basis and were given wide-ranging legislative power...Judicial review, often viewed as too deferential, operated on the basis that administration needed discretionary judgment to deal with complex problem, that decision – makers needed to actively and conscientiously exercise their discretion, and that statutory mandates should be interpreted very broadly. Thus, for example, phrases such as risk, dangerousness, and safely were not interpreted by courts as factual concepts.*"

científicos, dado que estos eran tan solo una entrada para la toma de decisiones. Se necesitaba asegurar que los expertos, en los términos de una frase de cliché de ese tiempo, *están arriba pero no en la parte superior*.³²⁸ En consideración a la buena administración pública tardíamente hubo desde 1970 un avance en la promoción de la Administración basada en el paradigma (RI), dado que, en pocas palabras, la capacidad de deliberación del permanente *general civil service* en los términos de la (DC) estaba empezando a ponerse en duda. El *general civil service* se vio cada vez más, como un cuerpo de élite, y sus profesionales como un medio para proteger sus propios intereses, aún más, otros lo entendían críticamente como un inexplicable *Estado dentro de un Estado*.

En 1985 con el memorando *Amstrong* se rescribió el papel del *civil service* en los términos del (RI), y que debía servir al gobierno de turno. El propósito era que la investigación sirviera a un propósito en particular en lugar de ser una empresa pública. La remodelación correspondía a que el *civil service* perteneciera a una institución del sector privado, quien será remplazado por un *manager*. La lógica de lo anterior era que tal reforma constreñiría a administradores no electos en resultados de un Gobierno elegido, ganando gran control sobre aquel. El *civil service* fue transformado del (DC) permanente a un (RI) agencia o comités del Gobierno, que proporcionan análisis, así que la Administración Pública actúa con base en la evidencia. Dentro del Reino Unido el concepto de la DC administrativa se muestra como un recuerdo que se desvanece. El paradigma (RI) suministra, a primera vista, más restricciones objetivas en la Administración pública.³²⁹

Terminada la explicación de cómo opera la conformación de la voluntad administrativa en Inglaterra, en cuanto al Estado liberal francés, hemos sostenido que este limitó el control judicial y sólo, como señala Gutiérrez, *“para el siglo XIX la Administración se somete al derecho, para que los particulares acudan a una instancia neutral e independiente en la defensa de sus intereses, lo que Hauriou definió como el cierre último del sistema institucional del Estado de Derecho*. Lo anterior a consecuencia de que el modelo anglosajón cuestionó el modelo francés, respecto del cual Dicey afirmó que la Administración era a la vez juez y parte; en Inglaterra se estableció un sistema de control jurisdiccional. La Administración opera en el tráfico jurídico como si de un sujeto privado se tratara, desprovista pues, de privilegios y prerrogativas, por lo cual el control de su actuación está sometida a su conocimiento como cualquier otra persona, de los órganos ordinarios del poder judicial.”³³⁰

En otros términos, Dicey afirmó que la separación de poderes se entendía diversamente en Francia y en Inglaterra. En efecto, mientras que en el derecho

³²⁸ Ibídem., p. 69. *“on tap not on top.”*

³²⁹ Ibídem., P. 70.

³³⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Álvaro. Derecho administrativo. Ob. Cit., pp. 107-124.

francés, se interpretó la separación como prohibición a los tribunales comunes de inmiscuirse en actos y actividades de la Administración y sus funcionarios, es decir, como independencia de la Administración, en Inglaterra se entendió justamente al revés, como el sometimiento a los jueces comunes de toda la actividad administrativa de los funcionarios.

De lo anterior, sostiene el profesor Parada, se infiere la gran hipocresía de Dicey en cuanto a sus afirmaciones, porque para la época la realidad mostraba que la Corona, como persona jurídica, era irresponsable. En efecto, el dogma de la irresponsabilidad de la Corona *the king can do not wrong*, impedía todo control sobre las relaciones contractuales de la Administración y hacia también inviables las acciones por daños causados por la Administración.

Otro obstáculo que alejaba el sistema inglés de asemejarse al Estado de Derecho era la imposibilidad de demandar a la Corona ante unos tribunales que se consideraban propios de ésta. Las cosas vinieron a cambiar notablemente con la *Crown Proceeding Act* de 1947, con especialidades respecto al derecho común, la responsabilidad y las acciones consiguientes contra la Corona derivadas de sus incumplimientos contractuales y por daño de naturaleza contractual. Termina afirmando el profesor Parada, quien está por el modelo heredado de Francia, que sigue siendo el de mayor perfección, conforme acredita su influencia en la organización, función pública, régimen de actos, contratos y control judicial de la Unión Europea.³³¹

Las réplicas al dogmatismo diceyano, señala el tratadista Vélez García,³³² provienen en forma más vehemente de los juristas ingleses que de la propia Francia. Así W.A Robson en su libro *Justice and administrative law*, en 1951, analizó la obra de Dicey, y sostiene que en el régimen de la *rule of law* son también evidentes los poderes discrecionales del Gobierno y las prerrogativas de la Corona. Considera inexacto que la Administración y los particulares estén sometidos a un régimen común o de reglas iguales aplicadas por los tribunales ordinarios; y es a todas luces insostenible que todo el derecho constitucional inglés tenga como fuente o dimane de los derechos de los individuos tales como han sido definidos y aplicados por los tribunales.

Así se detectan las prerrogativas de la Corona contratante sobre el servidor civil, quien obra como contratista, quien parece no ser un empleado público, sino con un nexo semejante al que se da entre trabajador y patrono privado, con un contrato de trabajo carente de nombramiento por resolución o proveniente de la misma ley. Conforme a la jurisprudencia, se sostiene que en todo contrato suscrito

³³¹ PARADA, Ramón. Concepto y fuentes del derecho administrativo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008. pp. 21-23.

³³² VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo, ensayo de derecho público comparado. Ob. Cit., pp. 80-87.

con la Corona va envuelta la cláusula de reservarse ésta el derecho a destituir discrecionalmente al servidor, derecho al cual es inoponible cualquier estipulación en contrario.

Otra desventaja la constituye el tema de la responsabilidad de la Administración, hasta antes del *Crown Proceeding Act de 1947*. Ahora bien, el punto más álgido se encuentra en el desconocimiento del control judicial mediante el empleo de la cláusula de Enrique VIII, en vigencia probablemente de su reinado, se enuncia a través del postulado según el cual “*todo reglamento dictado en desarrollo de una ley o de alguna de sus secciones o artículos debe ser considerado como parte de la misma ley*”, circunstancia cuestionable, pues acudir a la presunción de verdad concluyente de los actos aprobados por el Gobierno hace irrevisables judicialmente, esto es, irrecurribles tales actos ante los tribunales ordinarios.

No es exacto que se haya establecido un tribunal ordinario inglés para todas las controversias. Barnes Vásquez ha sostenido que una de las características de la falta de una constitución formalmente rígida y escrita en el Reino Unido es la inexistencia de una base constitucional explícita para los sistemas del derecho administrativo que operan en las jurisdicciones de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

Es cierto que en el Reino Unido se han creado por ley muchos tribunales administrativos especializados³³³ encargados de resolver las demandas planteadas contra decisiones administrativas, por ejemplo, en materia tributaria y de bienestar social; sin embargo, en el contexto británico cuando se habla de *judicial review* del acto administrativo, se hace referencia al control conferido a los tribunales ordinarios (*Courts en Inglaterra y Gales*, y en Irlanda del Norte, un juez único de la *High Court* y en apelación la *Court of Appeal*, y en última instancia la *House of Lords* o Cámara de los Lores,³³⁴ los cuales ejercen poderes de revisión,

³³³ MORINEAU, Marta. Una introducción al common law. Op. Cit., pp 32-33. Se suelen llamar Tribunales de Administración porque en muchas ocasiones las controversias se relacionan con algún órgano de la Administración. Las decisiones de los Tribunales Administrativos ingleses pueden ser impugnados ante la *High Court of justice*.

³³⁴ ROTONDO TORNARÍA, Felipe. Revista de Derecho (15105172). 2010, Vol. 9 Issue 17, p 51-53. Materials, APPELLATE courts; HUMAN rights; LEGISLATIVE bodies; TRIALS (Law); JUDGES -- Selection & appointment; ADMINISTRATIVE law; CONSTITUTIONAL law Base de datos: Fuente Académica. A partir de octubre de 2009 existe este órgano en carácter de autoridad judicial superior del Reino Unido, al ponerse en vigencia la reforma constitucional aprobada por ley de 2005, en su Parte 3. De esta manera la Cámara de los Lores dejó de ser la más alta instancia judicial, debiéndose recordar que –a tales efectos – participaban prácticamente sólo los doce Law Lords como comité de apelación de esa Cámara. La Suprema Corte es el máximo órgano de alzada en causas civiles y penales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y sólo para las civiles en relación a Escocia; las apelaciones se fundan en razones de derecho y requieren ser franqueadas por la respectiva corte de apelación o autorizadas por la propia Suprema Corte.

de ordinario, contra decisiones de un ministro, o en apelación contra resoluciones de los tribunales administrativos.³³⁵

A la hora de tratar el concepto administrativo, dentro del llamado sistema continental y del modelo anglosajón, sabemos que suele señalarse que, en el Reino Unido, la Administración Pública actúa como una persona jurídica más y el derecho aplicable es el derecho privado; mientras que en Francia se trata de una persona jurídica dotada de potestades exorbitantes, y el derecho al que se somete es un derecho especial. “*En el Reino Unido, el rule of law significa, ni más ni menos, la igualdad de todos,*³³⁶ *sin excepción, ante la ley, de forma que la ley admitida por los tribunales ordinarios es la que juzga también a la Administración. En Francia, el régimen administrativo es todo lo contrario, puesto que la Administración y sus agentes como representantes de la nación actúan investidos de fenómenos y privilegios. Además, en virtud de la separación de poderes tal y como se entiende en 1789, el Gobierno no se encuentra sometido a los tribunales ordinarios.*”³³⁷ (Negrilla fuera del texto original).

Menciona Jaime Rodríguez que, no obstante el paso del tiempo se modula el rígido criterio anglosajón. “*En efecto, el Reino Unido desde 1834 comienza a atribuir numerosos poderes a la Administración Pública, a través de la denominada legislación delegada, que introduce realmente la potestad reglamentaria*³³⁸. *Y por otra parte, la legislación económica y social va abriendo camino, también en el modelo anglosajón, a numerosos tribunales administrativos.*”³³⁹ (Negrilla fuera del texto original).

Barner Vásquez, en cuanto al sistema anglosajón señala: “*en casi todas las circunstancias, esta regla general de sometimiento de la Administración al judicial review no plantea ninguna dificultad. Son controlables los ministros del Gobierno Central y sus Departamentos, así como las autoridades locales, las autoridades Sanitarias y las corporaciones públicas, sin embargo se han planteado serias cuestiones respecto a: 1) la susceptibilidad de control de las actividades*

³³⁵ BARNES VÁSQUEZ, Javier. La justicia administrativa en el derecho comparado. Ed. Civitas S.A, Madrid 1994. pp. 515-518.

³³⁶ PARADA, Ramón. Concepto y fuentes del derecho administrativo. Ob. cit., P 19. El concepto de derecho administrativo en el sistema continental es todo lo contrario al pensamiento inglés. No hay Derecho Administrativo sino en el siguiente entendido: Bien señala Benoit, mientras en el derecho privado los individuos e intereses son tratados con igualdad, el derecho administrativo es el derecho de la desigualdad dentro de un cuadro de legalidad.

³³⁷ ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Aproximación al derecho administrativo constitucional, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. p. 82.

³³⁸ Sin embargo se debe tomar con beneficio de inventario la expresión *potestad reglamentaria*, ya que el principio de legalidad en Inglaterra es diferente de la concepción continental como se demuestra en las líneas de la presente tesis.

³³⁹ Ibídem., p. 82.

*de aquellos órganos que no son, en sentido convencional, parte del Gobierno y que no reciben las funciones a través de una ley o prerrogativa pero que no obstante desempeñan una función de naturaleza gubernamental y 2) el ejercicio por órganos indudablemente gubernamentales de funciones no gubernamentales, tales como contratar y despedir personal. La respuestas a estos interrogantes parecen estar surgiendo sobre la base de una distinción, desconocida hasta hace poco, entre la naturaleza pública y no pública de los poderes ejercidos. Así, por una parte, esto le ha permitido a los tribunales establecer el carácter controlable del city take over panel sobre la base de los aspectos públicos de sus funciones reguladoras, pero negar, por otro lado, la susceptibilidad de control de las decisiones en materia de empleo, excepto cuando contienen un elemento de naturaleza pública.*³⁴⁰

Barner Vásquez cita al magistrado lord Greene, quien hizo hincapié en el hecho de que una interferencia en el ejercicio de la discrecionalidad por entes competentes, como las autoridades locales, no era el papel de los tribunales, siempre que ésta sea inaceptable por absurda, esto es, que ninguna persona sensata lo permitiría, ni ninguna autoridad la tomaría. Sin embargo, pese a que se implementaran los recursos por irracionalidad o falta de proporcionalidad de la decisión, lo cierto es que la Cámara de los Lores, por mencionar un ejemplo, en el caso de *Brind Vs Home secretary*, lord Lowry ofreció cuatro argumentos para desestimar la intervención judicial en decisiones gubernamentales: 1) el que un tribunal decida sobre la base de la proporcionalidad interferiría en que la Cámara de los Lores desestime una apelación por abuso del poder de supervisión del tribunal; 2) la formación y la experiencia de los jueces no les prepara para dar respuesta a un problema administrativo en el que la balanza está parcialmente nivelada; 3) la estabilidad y seguridad jurídica se pondrían en peligro y, por último, 4) el probable e indeseable incremento del números y del costo de las demandas del “judicial review.”³⁴¹

Parece ser que la distinción entre derecho administrativo y derecho privado en Inglaterra no es tan importante como en el sistema continental europeo, aunque con ello no se quiere decir que no se presenten normas especiales en el derecho anglosajón, esto es, que no existan leyes especiales por fuera del *ius commune*.

³⁴⁰ JOLOWICZ J.A. Administrative procedure in England law. Op. cit., p. 2424. “(...) Though it has no statutory base and acts independently of government, the panel exercises extensive power in the city of London, can impose severe penalties, for breach of its rules, such as exclusion from the London Stock Exchange and is relied on by Government as an important element in control of the market, working in conjunction with the statutory regulation of investment business. The panel’s powers are, therefore sufficiently public for its decisions to be subject to certiorari R.V.” Panel on Take-Overs and Merger ex p. Datafin Plc (1987) Q.B. 815.

³⁴¹ BARNES VASQUEZ, Javier. La justicia administrativa en el derecho comparado. Op. Cit., p. 525.

El derecho inglés actual se rige también por el *statutory law*, es decir, el dictado por el parlamento. Para el profesor Francisco Velasco Caballero³⁴² la distinción entre *public- private law* en Inglaterra no es estructural como se entiende en Alemania, Francia o España, que cuentan, inclusive con jueces especializados en materia administrativa. En este sentido, manifiesta Velasco Caballero: “*en Inglaterra el control judicial es, con carácter general, una facultad propia de los jueces ordinarios. Es cierto que en las últimas décadas, desde los años sesenta, se observa una cierta singularización organizativa y procedimental para los litigios públicos, pero todavía muy precario.*”

Aunque precisa el aludido profesor, que el derecho público no sólo rige para los *publics bodies*, sino también para *private bodies exercising public functions*, esto es, no solo para las agencias y a otros cuerpos públicos sino que también aplica para el *civil servants*, dado que también deben estar sometidos a parámetros de control como la legalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad. A estos cuerpos privados cuando actúan como autoridad pública los vinculan también los derechos humanos enunciados en la *Human Rights Acts* de 1998.

Agrega a grandes rasgos el profesor Velasco Caballero que en los años sesenta se reconocen nuevos *remedies* en relación con la actuación de los *public bodies* por infracciones a la legalidad o a la proporcionalidad. También se presentan las llamadas *public law claims*, que son acciones específicas para controlar la actividad del gobierno. La High Court, la Queen’s Bench Division juzga asuntos administrativos pero también conoce de casos penales, pero es cierto que existen reglas procedimentales específicas para el *Judicial review* sobre decisiones gubernativas, no obstante, la intervención del juez es muy limitada, toda vez, que son los tribunales administrativos o cuasi judiciales quienes conocen de las controversias suscitadas entre los particulares y los cuerpos públicos.³⁴³ También se torna extravagante el poder judicial cuando hay una fuerte delegación legislativa en los cuerpos gubernamentales que, igualmente, hace extravagante el control judicial, a menos que se trate del recurso de *ultra vires*.

Cambiando de hemisferio geográfico, en Estados Unidos existe también una sola jurisdicción, colocada bajo la autoridad de la Suprema Corte.³⁴⁴ La unidad del

³⁴² VELASCO CABALLERO, Francisco. Derecho público más derecho privado, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2015. pp. 63-68.

³⁴³ Los *employment tribunals*, para resolver problemas laborales entre el derecho público y privado, *lands tribunals*, para resolver problemas de expropiación.

³⁴⁴ MORINEAU, Marta. Una introducción al common law. Ob. Cit., pp. 92-95. “*El tribunal más alto es la Suprema Corte de los Estados Unidos en casos de apelación a través de un writ de certiorari que da lugar a conocer la sentencia de un tribunal inferior federal o local. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos está integrada por nueve miembros que trabajan de forma colegiada, después de ella entran los tribunales del circuito que son también tribunales de apelación, en el nivel más bajo llegan los juzgados del distrito, sin embargo hay tribunales especiales como los tax court, los jueces son nombrados por el presidente con aprobación del Senado.*”

sistema es uno de los elementos que fortalecen el poder judicial en este país. El sistema del *common law* fue recibido en Norteamérica, pero comporte algunas diferencias importantes respecto del sistema británico como consecuencia de la organización constitucional de Estados Unidos, nación que posee un texto constitucional escrito y rígido, desde el punto de vista de su revisión, así como, desde otro punto de vista, una naturaleza presidencial del régimen y una estructura federal.

Por otra parte aquí las bases del sistema de derecho público han evolucionado más rápidamente. Ejemplos pueden ser la *Court of Claims*-1941- y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1946. Estados Unidos también ha desarrollado los *administrative tribunals*, como por ejemplo, *the Board of Tax Appeals*, *The United States Custom Court*, entre otros.³⁴⁵

El profesor Andersen ilustra la revisión judicial³⁴⁶ en el derecho administrativo norteamericano: la actividad administrativa allí también debe estar de conformidad con la constitución y la ley. Los cuerpos denominados *la regulación* hacen parte de la rama ejecutiva y pueden ser objeto o no de algún modo independiente del control judicial. Lo más estudiado en el derecho administrativo es cómo funciona la regulación de las agencias, las cuales ejercen acciones que directamente impactan el mundo privado o los negocios individuales, la complejidad técnica y el volumen de acción de la regulación se explica porque va más allá de la capacidad del poder legislativo. Ninguna iniciativa legislativa planteada hoy en los Estados Unidos deja por fuera el empleo de las agencias administrativas.³⁴⁷

Las agencias hoy formulan reglas que tienen la fuerza y los efectos de ley; a las agencias también hoy se le adjudican casos que para todos los propósitos tienen la fuerza y efectos de una decisión judicial. Las agencias por lo general regulan la conducta privada a través del *administrative rulemaking and adjudication*. Ahora bien, comprender cómo las agencias consiguen tener ese poder, cuáles son sus límites constitucionales dentro de la separación de poderes, son cuestionamientos clave para la adecuada percepción del funcionamiento administrativo americano.

Se sabe bien que la Constitución norteamericana tiene tres ramas del poder público, cumpliendo con el concepto de un estado republicano: legislativo, ejecutivo y judicial, las cuales deben estar separadas; sin embargo, pese a estar

³⁴⁵ VÁZQUEZ ALFARO, José Luis. El control de la Administración pública en México. Ob. Cit., p. 161.

³⁴⁶ TUSHNET, Mark. Constitucionalismo y judicial review. Ob., Cit. p. 64. “En los Estados Unidos, el término *judicial review* se refiere a la práctica jurídica de darle a las cortes el poder de determinar si una norma se encuentra conforme con los requisitos de la constitución, es decir, si la norma cae dentro de los poderes que el pueblo le ha otorga a su gobierno o si viola algún derecho reconocido por la constitución. De ello, resulta el poder para determinar si las acciones realizadas por los funcionarios ejecutivos están autorizadas por alguna norma también compatible por la constitución.”

³⁴⁷ ANDERSEN, William. *Mastering administrative law*, Ed. Carolina Academic Press, University of Washington School of Law, 2010. pp. 4-5.

llamadas a cumplir con esa condición, hay lugar para que estas ramas compartan el poder, por ejemplo, dice el profesor Andersen, el presidente tiene un papel en el proceso legislativo mediante el veto; el Senado un papel importante en la aprobación de los tratados, y la Corte en la función de ambas ramas del poder cuando sus normas y acciones violentan la constitución. Pero generalmente las ramas están separadas y se disputan sobre la separación de sus funciones. Sin embargo, a Elizabeth Magill³⁴⁸ manifiesta que la identificación del poder y la identificación de las ramas son caracterizaciones muy difíciles de hacer. Ella advierte que no hay poder que corresponda de manera exacta con las palabras *legislativa, ejecutiva o judicial*.

Andersen anota, en su citada obra, que la justificación de la separación de poderes radica en evitar la concentración del poder en un sólo lugar; así el monarca británico George III era consciente de que si el poder se encontraba dividido, la posibilidad de opresión y tiranía se reduciría, de manera que las ramas están conformadas para que regulen entre sí sus acciones. Una segunda justificación para la separación de poderes especialmente le concierne al derecho administrativo. Si el poder no estuviese separado, surgirían serios problemas de justicia, la combinación de los poderes puede ser inconveniente, ya que quienes hacen la ley no pueden interpretarla en los casos particulares, ni los que investigan pueden juzgarla.³⁴⁹

En los Estados Unidos, la combinación de poderes surge típicamente en las agencias administrativas: la agencia redacta la norma general, procesa al presunto violador y juzga la culpabilidad o la inocencia del presunto infractor. Andersen afirma que la Comisión Federal del Comercio, FTC (*Federal Trade Commission*), claramente ejerce el poder legislativo en sentido material cuando promulga normas generales y también se adjudica facultades judiciales; lo que resulta ser para él tan solo un juego de palabras de aquellos doctrinantes que resuelven el problema, en cuanto la Administración allí está ejerciendo sólo una actividad “cuasi-legislativa”, que para nosotros se entendería como actos administrativos de carácter general y actividades cuasi-judiciales, y que igualmente para nosotros se entenderían como facultades administrativas sancionatorias, y serían, también para nosotros, actos administrativos de carácter particular.

Sin embargo, Andersen afirma también que cuando se emite una regla en la cual se advierte que determinada práctica se considera como engañosa es virtualmente indistinguible del efecto de la promulgación legal: el poder legislativo se ha ejercido. Igualmente, en sentido material, se puede decir que cuando la FTC procesa una compañía por encuadrar en prácticas violatorias de las reglas

³⁴⁸ Ibídem., P 8. “ANDERSEN cita. Magill, *Beyond Power and Branches*, 150 U. PA. L. REV. 603, 604-05” (2001).

³⁴⁹ Ibídem., p. 9.

establecidas, la decisión que se adopte no se distingue virtualmente de la ejecución de una corte de justicia: el poder judicial se ha ejercido.³⁵⁰

El anterior aserto se justifica en el concepto de la delegación; el poder legislativo y judicial ejercido por las agencias se ha dicho que ha sido autorizado porque a estos se lo han delegado los cuerpos de regulación creados por el Congreso; pero doctrina, a primera vista tan sencilla es opacada por otra llamada doctrina de la no delegación establecida por John Locke, en cuanto un agente no puede ser subdelegado (*delegata potestas non potest delegari*). La actividad legislativa es indelegable en cuanto a las políticas generales. Las actividades de instrucción de la agencia son las tareas clave que debe llevar a cabo para llenar los detalles o para asegurar las finalidades que establece el legislador. Pero según Andersen, lo anterior no deja de ser una ficción, dado que a las agencias se les deja libremente ejercer clásicas decisiones políticas en un amplio margen. Muchos han considerado que la Corte debe tomar más en serio el principio de la no delegación en cuanto forzar a la legislación a confrontar las bases políticas y reducir la discrecionalidad de la Administración. Sin embargo, no debe quedar duda que en Norteamérica todas las acciones de las agencias deben ser otorgadas en alguna forma por el *statute*.³⁵¹

Por otro lado, las acciones administrativas pueden presentarse en un juicio que se adelante contra un presunto violador, por ejemplo, ante un FTC *administrative law judge* (ALJ) cuyo juicio será finalizado allí, a menos que sea apelado por una de las partes en desacuerdo; pero el recurso va a la propia comisión. Pese al control judicial, se tiene que este control de la decisión administrativa es débil, en cuanto a determinaciones políticas, de hecho e inclusive de la misma legalidad propia del acto.³⁵²

Es bien importante comprender que en Norteamérica las cortes son el modelo para la política concerniente a las decisiones individuales; así cuando las agencias deciden casos individuales ellos llaman *adjudication*. La legislación es el modelo de las agencias para hacer política a través de reglas generales, cuando las agencias están en esa función, a ese proceso se le denomina *rulemaking*, a través del *procedure administrative act* (APA)

Las agencias se empoderan a través del *statute* para proyectar las reglas, las cuales algunas veces son impugnadas y la Corte puede no compartir la interpretación de la agencia. En todo caso, debe tenerse claro que la agencia puede actuar en cumplimiento de su mandato también a través del *adjudication*,

³⁵⁰ Ibídem., p. 11.

³⁵¹ Ibídem., p. 12.

³⁵² Ibídem., pp. 13-14. "(...) true, any final order of the commission is subject to judicial review before an independent Article III federal judge, but as we will see judicial review is relatively unintensive on questions of policy, on disputed issues of fact within the expertise of the agency, and increasingly on agency legal determinations."

siempre que por lo general se encuentre el precedente, ya que la Corte ocasionalmente puede encontrar una violación al debido proceso cuando la agencia decide individualmente sin los estándares establecidos previamente. Con todo, la agencia puede escoger si aplica el procedimiento de *rulemaking* o directamente el de la *adjudication*.

La *adjudication* se asemeja más a lo que las cortes hacen. El profesor Fuller³⁵³ enseña que lo característico de la *adjudication* es la manera de cómo la participación de las partes es garantizada, como las elecciones (se participa a través del voto) y los contratos (se participa en la negociación); en la *adjudication* se participa presentando pruebas y razones para la construcción de argumentos en un esfuerzo por resolver controversias en consonancia con los principios. Estos estarán bien definidos en un estatuto o quizás sean tan generales como la doctrina de la *common law*; debe anotarse que las licencias es una de las formas de adjudicación. El funcionario (oficial) que decida lo hará con base en los principios y las pruebas y argumentos expuestos, y todos ellos proveerán una guía para futuras decisiones. En todo caso, hay una diferencia notable con la función de los jueces de las cortes, y es que la persona que tome la decisión final en la agencia dentro del procedimiento de la *adjudication* rara vez va a ser un juez neutral como se hace en la sala de justicia. Por supuesto, se exige el respeto a la objetividad en las decisiones, previa garantía de ser escuchado, pero en la ecuación al mismo tiempo están los objetivos de la misión de las políticas.

Sin embargo, en Estados Unidos son conscientes del riesgo de que el poder judicial pueda sabotear las decisiones administrativas bajo el pretexto de la protección de los derechos; pero pese a esto, la sociedad estadounidense tiene presente a la Corte como la última guardiana que asegura los límites del poder ejecutivo dentro de la Constitución y la ley. Esto no significa, expresa Andersen, que otras culturas no hayan ideado medios satisfactorios de control del Gobierno que no requieran un uso intensivo de las cortes. Sin embargo, en Norteamérica es clara la gran influencia del poder judicial para el control de la legislación y la Administración; dicho poder resultar fundamental, pero también requiere ser limitado o restringido.

La especial limitación del poder judicial para el control de la Administración depende del tipo de acto administrativo, y este puede excluir la revisión judicial en la medida en que la agencia esté comprometida con una acción ampliamente discrecional. Sin embargo, toda decisión administrativa con la cual se busca la revisión debe estar dentro de los estándares legales de acuerdo con la decisión tomada, aunque también habrá un grado de discrecionalidad en la aplicación de la norma. Tenemos que toda decisión administrativa envuelve ambas cosas: los estándares legales y el ejercicio de la discrecionalidad, la cual en unos casos

³⁵³ ANDERSEN, William. Mastering administrative law. ob. cit., p. 61. El professor ANDERSEN, cita: “*The forms and limits of adjudication*,” 92 HARV. L. REV. 353 (1979).

puede ser más amplia que en otros. Cuando aparezcan suficientes estándares legales, las acciones de la agencia podrían ser objeto de revisión para asegurar precisamente que con sus acciones cumpla con esos parámetros y examinar si la agencia incurrió en un abuso de la discrecionalidad en la aplicación de los mismos, respetando las decisiones de la agencia que sí se ajusten a los parámetros; pero si en esencia el Congreso ha dejado un amplio margen de discrecionalidad a la agencia, no hay papel útil que la Corte pueda desempeñar cuando no hay suficientes criterios legales.³⁵⁴

Ahora bien, las decisiones administrativas, por más discrecionales que sean, operan bajo el Estado de Derecho (*rule of law*), luego siempre se fundarán en principios que las agencias deben cumplir sin importar el grado de discrecionalidad delegada.

Finalmente, resta decir que cuando la interpretación de una agencia se presenta ante una corte, nos enfrentamos a una intersección del poder legislativo, ejecutivo y judicial. Lo que origina el problema de si los jueces deben o no tomar la última decisión. En este sentido, La independencia judicial para la interpretación tiene sus raíces en el caso de *Marbury vs Madison*.³⁵⁵ Se ha dicho que las cortes son más apropiadas para la interpretación de la ley porque son políticamente más neutrales de lo que las agencias lo serían. Sin embargo, algunos creen que las agencias en algunas circunstancias están mejor equipadas para interpretar que las mismas cortes. Si el significado de la Ley Estatutaria debe reflejar las políticas preferentes de un electo presidente, la agencia debe estar en contacto y en cercanía con dichas consideraciones políticas; finalmente, son personas que trabajan por los objetivos establecidos por el presidente. Por supuesto, la agencia tiene un grupo interdisciplinario en economía, ciencias, y técnicamente hacen que la experiencia sea dinámica en el momento de adoptar decisiones oportunas.³⁵⁶

Para nosotros, sin lugar a dudas, la participación de un cuerpo no políticamente representativo genera el contrapeso adecuado para examinar el alcance de una decisión mayoritaria, por lo que consideramos adecuada la participación de los jueces en la Administración en el sistema norteamericano.

³⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 134-135.

³⁵⁵ El caso se puede sintetizar de la siguiente manera: *Marbury* demandó a *Madison* en el año 1803, secretario de Estado del presidente *Thomas Jefferson*, reclamando la confirmación del nombramiento de juez de paz hecho a su favor por el anterior Presidente de los Estados Unidos. *Marbury* acudió a la Corte Suprema de Justicia para que esta expidiera un *writ de mandamus*, ordenando que se enviara el documento de nombramiento al quejoso, fundamentándose en un acto propio congreso. La Corte Suprema de Justicia por unanimidad de votos decidió que el *writ* era improcedente para ese caso. *Marshall* señaló que aunque el nombramiento reunía los requisitos legales, la Corte no tenía constitucionalmente competencia para imponer jueces, luego el *judiciary act* fue considerado como una ley inconstitucional.

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 181.

Conclusiones de capítulo

- 1) Desde la concepción del derecho continental europeo, en cuanto a la distinción de los tres poderes clásicos del Estado, se puede concluir que los criterios orgánicos o funcionales no ofrecen mayor claridad para demarcar la frontera entre estos poderes, toda vez que las decisiones del ejecutivo pueden tener fuerza de ley, así como las decisiones judiciales pueden subordinar la discrecionalidad de los actos administrativos y las decisiones ejecutivas comprender lineamientos judiciales. Sin embargo, no cabe duda que entre los tres poderes hay una especie de engranaje para la producción del derecho de conformidad con la Constitución y la ley.
- 2) La distinción entre la Administración y la jurisdicción es de tipo estructural, es decir: mientras en la primera predominan la subordinación y coordinación, en la segunda predominan la independencia y la autonomía judicial, aunque, desde luego, también la coordinación. Cabe resaltar que la Administración no solo se ve subordinada a los órganos superiores de la propia Administración y del legislador, sino igualmente a las decisiones adoptadas por los propios jueces cuando controlan los actos administrativos.
- 3) Debe quedar claro que los sistemas del control de la Administración pueden recaer en los jueces o en la propia administración con facultades cuasi-judiciales, en este sentido tal como se expuso el control judicial en Inglaterra y en Norteamérica, es mucho más reducido.

CAPÍTULO 4. LA DESCONCENTRACIÓN Y AUTONOMÍA JUDICIAL PARA CONTROLAR LA ADMINISTRACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN DE LA LEY 1437 DE 2011.

Como se expuso en los lineamientos iniciales del presente trabajo, en los sistemas judicialitas se entiende que la decisión final de carácter administrativa recae en los jueces, además, la característica primordial de este modelo consiste precisamente en órganos antimayoritarios con autonomía e independencia tanto de las otras jurisdicciones como de los otros poderes públicos para adoptar una decisión de interés general, lo que garantiza una mayor imparcialidad en las decisiones de aquellos países donde se opta por un sistema administrativista y donde la autonomía e independencia de los órganos administrativos es mucho más reducida.

También se analizó que cuando el juez juzga a la Administración termina co - administrando, por lo que se requiere la actuación de un juez desconcentrado y especializado para garantizar el principio de la separación de poderes. Como observamos, el empoderamiento del Consejo de Estado en la injerencia sobre la Administración se refleja con mayor claridad con la nueva institución de la extensión de su jurisprudencia unificada a las autoridades administrativas, salvo la participación de la Corte Constitucional cuando se vulneran derechos fundamentales.

Ahora bien, el Estado colombiano está organizado en forma de república unitaria y descentralizada,³⁵⁷ lo cual significa que el Estado unitario solo tiene un centro de impulsión política³⁵⁸ que rige en todo el territorio colombiano y que su administración es desconcentrada.

Así las cosas, si la ley expedida por el Congreso, como único impulsor político, rige para todos dentro del territorio, también lo deberá ser, en principio,³⁵⁹ la interpretación que se haga de esta a través de la desconcentración de la Administración de justicia, establecida en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.³⁶⁰

³⁵⁷ Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 1 del Título I De los Principios Fundamentales.

³⁵⁸ BURDEAU, Georges. Derecho constitucional e institucionales políticas, traducción de la 18 a ed. francesa realizada por Ramón Falcón Tello, Madrid, Ed. Nacional Cultural y Sociedad Torre Galindo, 1981. p. 40.

³⁵⁹ Siempre que no haya operado la cosa juzgada conforme al debido proceso o decisiones en equidad, o arbitrales con normatividad especial.

³⁶⁰ La Corte Constitucional manifestó en Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero: “(...) si cada juez, al momento de interpretar la ley, le confiere en sus sentencias un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos

La radicación de competencias otorgada por ley a los jueces dentro del territorio nacional corresponde al fenómeno propio de la desconcentración de la función pública de administrar justicia. Las decisiones de los jueces se adoptan en nombre de la persona jurídica llamada Estado,³⁶¹ de modo que no son tomadas en nombre del despacho, ni mucho menos del lugar donde se adoptó la decisión. Por tanto, la autonomía de los jueces en el sistema de la desconcentración de la Administración de justicia no puede ser considerada, en principio, como multiplicidad de criterios autónomos frente a los demás, pues esto originaría, sin lugar a duda, desconfianza no solo frente a los administrados sino entre los propios jueces.³⁶²

La autonomía del juez, en cuanto a la interpretación de la ley, debe ir en armonía con la interpretación del superior jerárquico, dado que la autonomía del juez, como cualquier potestad, no debe ser considerada *absoluta*, sino que dicha potestad debe estar integrada con otros grandes principios constitucionales como, por ejemplo, el de la seguridad jurídica. En todo caso, de presentarse una interpretación diferente en una situación jurídica, es claro que nuestro sistema ha limitado dicha autonomía con una concepción estructural, ya que la decisión tomada por el juez está sometida a criterios de reevaluación. La razón del juez *a quo* es examinada por superiores jerárquicos, quienes verifican que sea uniforme con su jurisprudencia, o en caso de variarla deberá estar muy bien fundamentada. En todo caso, la carga argumentativa correrá por su cuenta.

Por otro lado, la forma como debemos asumir el precedente judicial es según el modelo estadounidense, donde el juez tiene una mayor autonomía, y no conforme al modelo rígido practicado en Inglaterra, dado que en el primer país cada tribunal

orientados a tal unificación, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica... y por tanto las personas no podrían saber, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en el país."

³⁶¹ Ver artículo 55 de la Ley 270 de 1996. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

³⁶² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano, Decimoquinta edición, Ed. Temis, 2008. p. 58. Según el artículo 228 de la Constitución Política, la Administración de justicia es desconcentrada, fenómeno que hace parte de la centralización jurídico- política que consiste en que todas las tareas y funciones públicas se radican en la persona jurídica Estado. La desconcentración es la primera limitación de la centralización absoluta, tiene como finalidad descongestionar los despachos públicos y evitar la excesiva **concentración de poder en unas cuantas manos**. Si se toman decisiones lo hacen en nombre de la autoridad central. Por otro lado, la Sentencia C-036/05, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, señala que *"la diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones, el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior."*

puede modificar libremente sus propias decisiones,³⁶³ lo que contrasta con el sistema colombiano; sin embargo, sólo excepcionalmente los fallos atinentes al control de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional deben ser acatados estrictamente por todas las autoridades públicas, como sucede en Inglaterra so pena de incurrir en el delito de prevaricato.

En cuanto a las sentencias de revisión de tutela, los jueces deben motivarlas en caso de apartarse,³⁶⁴ pero a diferencia de las anteriores, las de control de constitucionalidad no tienen una fuerza suficientemente vinculante.³⁶⁵ Con todo,

³⁶³ DÍEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo, fundamentos y eficacia vinculante, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008. pp. 109-115. La autora, apoyándose en el pensamiento de BELTRÁN de Felipe Y GONZALES GARCÍA, señala: “En Inglaterra el modelo es más rígido que en los Estados Unidos. En este último país cada tribunal puede modificar libremente sus propias decisiones... pues bien en Inglaterra los tribunales se vinculan a los precedentes de los órganos judiciales superiores. La eficacia del precedente se mueve de arriba hacia abajo (de las superior courts a las inferior courts). apoyándose en MORETTI agrega que en la cúspide del sistema judicial se encuentra la cámara de los lores (house of lords), cuyo precedente vincula a los órganos inferiores.” Pero debe tenerse claro que la vinculación al precedente no es absoluta, en el sistema inglés es más rígida, pero los jueces se adaptan a la realidad, las técnicas argumentativas más importantes son el *distinguishing* y el *overruling*, el primero es demostrando que el caso o hecho es diferente, y el segundo es la derogación expresa de un precedente. Otro apunte resaltado es: la derogatoria de precedentes debe ser prospectiva, es decir, no se aplica al caso actual, lo anterior para ser más efectivo el principio de seguridad jurídica, situación que no pasa en Colombia, pues se aplica inclusive al caso decidido.

³⁶⁴ Sentencia T-934/09. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “(...) Tratándose del precedente vertical, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el juez inferior puede apartarse, siempre y cuando 1) haga referencia al precedente del cual se aparta, 2) resuma su esencia y razón de ser y 3) manifieste que se aparta en forma voluntaria e incluya las razones que sirven de sustento a su decisión. Esas razones, a su turno, pueden consistir en que 1) la sentencia anterior no se aplica al caso concreto, porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción, 2) el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso, 3) desarrollos dogmáticos posteriores justifiquen una posición distinta, 4) la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior o que 5) sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.”

³⁶⁵ Sentencia C-335/08. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, lo que quiere significar que, por mandato constitucional, todas las autoridades públicas en Colombia, incluidos los jueces, deben acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad, so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de la Carta Política. En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la Administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva. La Corte Constitucional ha considerado asimismo que la jurisprudencia de tutela también presenta un carácter vinculante, y en consecuencia, en algunos casos su desconocimiento puede comprometer la responsabilidad penal de los servidores públicos, no sólo de los jueces sino también de quienes sirven a la Administración y de aquellos particulares que de forma transitoria o

debe quedar claro que nuestro sistema es netamente interpretativo, tanto fáctica como normativamente; ergo, la construcción del precedente en Colombia es de abajo hacia arriba y no al revés, como sucede en Inglaterra, dado que en el sistema colombiano son muchos los que intervienen en la conformación del precedente jurídico y no es únicamente un producto de las altas cortes.³⁶⁶

En consecuencia, no debe preocuparnos la diversidad de criterios existente entre los diferentes órganos judiciales jerarquizados, dado que nuestro sistema permite acudir a remedios como la interposición del recurso de apelación, el cual posibilita materializar la unificación de la jurisprudencia; empero si la decisión del juez *a quo* es razonable, pese a desacatar el precedente, y alcanza el fenómeno de la cosa juzgada y las partes ven satisfecho su interés jurídico, habiéndose respetado el debido proceso, en este evento, el juez de tutela o superior jerárquico, en su caso, debe preservar incólume la decisión tomada por el *a quo*, pues, no podría alegarse desigualdad o inseguridad jurídica. Si hay cosa juzgada se sobrentiende que las partes han quedado satisfechas con la Administración de justicia en el caso concreto, pese a no haberse seguido estrictamente el precedente; esto no puede considerarse como un error del sistema, pues la seguridad jurídica no se afecta por el sólo hecho de existir criterios diversos, sino que implica también el respeto por el fallo mismo, debidamente ejecutoriado conforme a las reglas del debido proceso.³⁶⁷

En el ordenamiento jurídico inglés la seguridad jurídica es el objetivo primordial; por eso, la institución del *stare decisis* es un medio necesario para garantizar la

permanente ejercen funciones públicas. De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado, de manera constante, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal)."

³⁶⁶ DÍEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo, fundamentos y eficacia vinculante. Ob. Cit., p. 121. "Los precedentes son reglas al igual que las normas continentales, aunque con ciertos matices, coinciden en igualdad, seguridad jurídica y eficacia."

³⁶⁷ Sentencia C-522 de 2009. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla: "La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto. Aun existiendo cosa juzgada, y no concurriendo ninguna de las indicadas excepciones, ello no obsta para que, por excepción, puedan intentarse otros específicos medios de impugnación contra tales sentencias, principalmente el recurso extraordinario de revisión, cuya finalidad es brindar una posibilidad de reparar el siempre factible error judicial, o las injusticias eventualmente contenidas en sentencias ejecutoriadas, cuando con posterioridad a su firmeza se establece con certeza la existencia de pruebas que no pudieron ser tenidas en cuenta, o se desvirtúa, igualmente con certeza, el carácter demostrativo de aquellas con base en las cuales se profirió la decisión. La acción de tutela contra providencias judiciales puede ser interpuesta y habrá de ser tramitada, siempre que se sustente que la providencia así cuestionada genera vulneraciones a derechos fundamentales."

integridad y coherencia del Estado en el ámbito del razonamiento jurídico y de la toma de decisiones jurídicas. Sin embargo, en el sistema continental-europeo el juez interpreta y aplica los textos escritos al caso que se le presenta sin sujeción estricta a los precedentes de otros jueces.³⁶⁸ Es esa colisión de ordenamientos la que particulariza el sistema continental europeo y el colombiano.

En ese orden de ideas, la profesora Araújo Oñate ha expresado que *“lo anterior conduce a inferir que el carácter accesorio que se predica de la jurisprudencia implica que esta juega un papel importante **si se entremezcla con la fuente principal**, es decir con la ley en sentido material. Esta posición plantea a su vez el cuestionamiento relativo a una posible tensión entre la seguridad jurídica que nace del poder vinculante que se reconoce a la jurisprudencia y a la independencia de los jueces, carácter que depende del **artículo 228 de la Constitución**.”* (Negrilla fuera del texto original).

Araújo Oñate, fundamentada en la sentencia de Constitucionalidad C-836 de 2001, afirma que para dilucidar lo anterior se debe entender que la independencia del juez no implica un poder para interpretar las fuentes jurídicas sin límites, dado que los jueces deben tener en cuenta la igualdad de trato por parte de las autoridades. La Ley 1437 de 2011 posibilita la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, lo cual constituye una importante innovación frente a lo dispuesto en el Decreto – Ley 01 de 1984.³⁶⁹

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C-539 del 12 de julio de 2011,³⁷⁰ afirmó que los fallos de esta alta Corporación tienen efectos vinculantes para todas las autoridades públicas, incluyendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, afirmación sustentada en la idea de que la Corte Constitucional es la única facultada para guardar la integridad y la supremacía de la Constitución unificando a nivel nacional la interpretación de las normas constitucionales y precisando el alcance de los derechos fundamentales, y que dicha facultad es exclusiva y excluyente. Queda en entredicho si es realmente el Consejo de Estado el unificador supremo de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo introdujo la institución llamada extensión de los efectos de la jurisprudencia de unificación, con la finalidad de que las autoridades expidan un acto administrativo fundándose en la mencionada jurisprudencia de unificación, para reconocer un derecho u obligación de una persona natural o jurídica, sin

³⁶⁸ *Ibíd.*, p.118.

³⁶⁹ ARAÚJO OÑATE, Rocío. El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano *In* Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa, presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo, Ed. Universidad de Buenos Aires, primera edición, Buenos Aires Argentina, 2012. pp. 406-407.

³⁷⁰ Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

necesidad de acudir ésta a la jurisdicción contencioso administrativa para hacer valer las pretensiones que considere pertinentes.³⁷¹

Esta institución no solo busca proteger y garantizar los derechos de las personas desde la propia Administración, sino también descongestionar los despachos judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que muchos de los casos allí recibidos son similares en relación con los eventos de hecho y de derecho, así como en materia probatoria.

Otra característica importante de la institución en comento la constituye la reafirmación del derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta; principio que será entonces real y efectivo cuando se cumpla con la unificación de las jurisprudencias dentro de todo el territorio nacional.³⁷²

La extensión de jurisprudencia, según el criterio del profesor Arboleda Perdomo, regula un procedimiento administrativo especial que tiene como propósito resolver la petición de una persona que solicita la extensión de los efectos de una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado; dicha decisión pasa a un control jurisdiccional especial, regulado por el artículo 269 del nuevo código de la siguiente manera: *“Dada la novedad del tema, hay que comenzar por analizar la noción que se encuentra en el primer inciso del artículo y que expresa: Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. De la atenta lectura del párrafo se desprende que se trata de una obligación a cargo de las autoridades, que deben extender a terceros los efectos de una sentencia, siempre que estén en la misma situación de hecho y de derecho.”*³⁷³

Ajustados al pensamiento del profesor Arboleda, son entonces las autoridades administrativas las llamadas a extender los efectos de una sentencia unificada tomada por el Consejo de Estado, esto es, las autoridades administrativas no unifican sentencias, sino que extienden los efectos de las sentencias unificadas por el alto tribunal. En efecto, las sentencias de unificación son aquellas decisiones judiciales que en razón de la multiplicidad de criterios o importancia jurídica o trascendencia económica requieren de un pronunciamiento unificado, el

³⁷¹ Sentencia C-816 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Condicionó la constitucionalidad de este mecanismo de extensión de jurisprudencia, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación de jurisprudencia dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas aplicables a la resolución de asuntos de su competencia.

³⁷² ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Ed. Legis, Primera edición, Bogotá D.C., 2011. pp 387 -393.

³⁷³ *Ibíd.*, p. 152.

cual deberán seguir las subsecciones del propio Consejo de Estado, tribunales y juzgados, circunstancia que se entrará a dilucidar con mayor precisión más adelante.

Por otro lado, la necesidad de que las decisiones de los jueces sean uniformes es un tema esencial de esta tesis; en especial se hace énfasis en la importancia que ha adquirido la jurisdicción a través del mecanismo de extensión y unificación de jurisprudencia que, al fin y al cabo, lo que demuestra es cómo los jueces terminan supeditando las decisiones de la Administración. Por eso analizamos cómo funciona la judicatura en la Administración, tanto en el sistema continental europeo como en el sistema de la *common law*, esto por cuanto el derecho comparado nos puede brindar elementos de juicio para precisar ideas respecto a este tema.³⁸¹

En cuanto al principio de desconcentración y autonomía judicial para la unificación de la jurisprudencia, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011,³⁸² razón por la cual el suscrito sustentador de la tesis, Daniel Zapata Cadavid presentó demanda³⁸³ de inconstitucionalidad contra el artículo en cuestión, al considerar que con el mismo se restringe la independencia y la autonomía de los jueces de menor jerarquía, tema relevante relacionado con la desconcentración del poder y al principio de doble instancia.

En este sentido, se expuso que la desconcentración no se presenta sólo para el cumplimiento de la función administrativa, sino también para establecer la organización para hacer cumplir otras funciones del Estado.

³⁸¹ En el *common law* británico, una vez una decisión ha sido tomada, la misma debe ser proferida en todos los casos de especie similar por todos los jueces. En Colombia, no existe ese grado de sometimiento, toda vez que el juez puede apartarse con la debida carga argumentativa.

³⁸² El artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 establece: “*Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso. Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión. La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.*”

³⁸³ Radicado Nro. D0010401 de 29 de julio de 2014.

El artículo 28 de la Constitución Política prescribe que la Administración de justicia en cuanto a su funcionamiento debe ser desconcentrada³⁸⁴ y autónoma. Reza a la letra el artículo: *“La administración de justicia es función pública... Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”* Aunque la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no define la desconcentración administrativa de la justicia, sabemos, gracias a la ley, a la jurisprudencia y la doctrina, que la desconcentración es un mecanismo de organización administrativa que permite la transferencia de funciones.³⁸⁵ En la desconcentración la competencia se transfiere por disposición normativa de manera exclusiva, la que deberá ejercerse directamente por el órgano desconcentrado y no por el otro. El superior sólo puede reasumir la competencia previa una nueva atribución normativa que así lo determine. En la delegación, también como una forma de organización administrativa, se transfieren funciones de un órgano a otro, pero siempre a través

³⁸⁴ Rodríguez R Libardo. Estructura del poder público en Colombia, Ed. Temis, Décima edición, Bogotá D.C., 2006. p 19. *“Si consideramos la desconcentración como un fenómeno más amplio en el sentido de que es el instrumento utilizado por el Estado para descongestionar los despachos públicos y de esa manera evitar la excesiva concentración de poder en unas pocas manos, encontramos varias clases. Así, además del fenómeno ya analizado de la desconcentración que implica desplazamiento de funciones de la capital hacia las providencias y que podemos denominar desconcentración territorial, encontramos otra modalidad que podemos llamar desconcentración simplemente jerárquica o funcional, que consiste en el otorgamiento de funciones de autoridades superiores a las inferiores sin que exista desplazamiento físico, es decir, que continúan siendo ejercidas desde la capital (...) A este respecto debe tenerse en cuenta que la Ley 489 de 1998, si bien al definir en su artículo 8° el concepto de desconcentración, hace énfasis en que se trata de radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa (desconcentración territorial), termina aceptando que dicha desconcentración “podrá hacerse por territorio y por funciones.”*

³⁸⁵ Sentencia No T-024 de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. *“La desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa. La desconcentración así concebida, presenta estas características: 1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico. 2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración. 3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro. 4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal. La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transformación de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia. Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación: 1. La transferencia de funciones de un órgano a otro. 2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función. 3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal. 4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia. En virtud de la Delegación, las funciones delegadas, conservan su naturaleza y régimen originario. Es decir que la función se tiene por cumplida por quien ha hecho la delegación. Los efectos jurídicos administrativos de la delegación implica que en la media que el delegatario ocupa la posición del delegante, normalmente los recursos que caben, son los procedentes, como si el acto hubiera sido expedido por el delegante.”*

de un acto particular y previa autorización legal por el propio órgano titular de la función, quien puede en cualquier momento reasumir la competencia.³⁸⁶

La jurisprudencia ha diferenciado la desconcentración de la delegación, tanto así que la desconcentración no implica delegación.³⁸⁷ *“La desconcentración se instrumentaliza a través de normas organizativas, por lo que las competencias desconcentradas son asignadas normativamente, y no por otro acto susceptible de revocación, lo que le da un carácter de mayor permanencia a la desconcentración, al menos hasta tanto no se produzca un cambio normativo.”*³⁸⁸ (Subrayado fuerte del texto original). En cambio, en la delegación, en cualquier momento el superior jerárquico puede reasumir competencia como titular de la atribución, o sea, antes de tomar la decisión. Con la desconcentración se fijan competencias propias, al órgano de inferior jerarquía, quien decide en nombre de la entidad que transfiere la función.

Para reafirmar esta diferencia, la Corte Constitucional en Sentencia C-036/05, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto señala:

“La diferencia básica entre la desconcentración y la delegación es que la primera supone que la transferencia de funciones del órgano superior opera directamente por mandato del ordenamiento, mientras que la delegación, si bien presupone una autorización legal, no opera directamente por mandato de la ley, ya que implica la existencia de un acto de delegación, puesto que la transferencia se realiza por parte del órgano superior. Por ello, mientras que en la desconcentración de funciones el órgano superior no puede reasumir la función, ya que ésta fue desconcentrada por mandato legal, en cambio, en la delegación, el órgano superior siempre puede reasumir la función, como lo señala el artículo 211 superior.” (Subrayado fuera del texto original).

Posición reiterada por la aludida corporación en sentencia C-259 de 2008, Magistrado ponente, Jaime Córdoba Triviño:

³⁸⁶ Sentencia C-1293/01. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁸⁷ La ley estatutaria de la Administración de justicia (ley 270 de 1996) no define la desconcentración administrativa de la justicia, no obstante la ley 489 de 1998 en el artículo 8 rinde un concepto de la desconcentración administrativa: *“La desconcentración es la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la Administración, la cual no implica delegación y podrá hacerse por territorio y por funciones. **Parágrafo.-** En el acto correspondiente se determinarán los medios necesarios para su adecuado cumplimiento. Los actos cumplidos por las autoridades en virtud de desconcentración administrativa sólo serán susceptibles del recurso de reposición en los términos establecidos en las normas pertinentes.”* (subrayado fuera del texto original).

³⁸⁸ HERNANDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y la delegación en Colombia, Ed. Legis, Bogotá D.C 1999. El autor cita a ALVAREZ. Curso de Derecho Constitucional. p. 143.

“(…) Las características de la desconcentración son: es una atribución de la competencia realizada por el mismo ordenamiento jurídico; tal atribución es realizada a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; la competencia desconcentrada se confiere de forma exclusiva al órgano designado por el ordenamiento; la responsabilidad del superior jerárquico se circunscribe al ámbito de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y; el superior sólo puede reasumir la competencia previa una nueva atribución legal que así lo determine.”

En cuanto al funcionamiento de la Administración de la justicia en Colombia, de conformidad con el citado artículo 228 de la Carta, tenemos que ésta es desconcentrada y no delegada.³⁸⁹ Luego el legislador, en su amplia discrecionalidad legislativa, deberá ceñirse a los parámetros que rige el principio de desconcentración administrativa en la distribución de competencias para la resolución de controversias en la jurisdicción.

Debe resaltarse que a ninguna otra jurisdicción, en virtud de la importancia jurídica de un caso, se le ha otorgado facultad al tribunal de cierre para sustraer las competencias del juez de inferior jerarquía en los asuntos pendientes para el fallo. A nuestro juicio, lo anterior sería posible si la función de administración de justicia estuviera el sistema de la delegación³⁹⁰ de funciones propias de la alta corporación, pero en detrimento del juez natural y en desmedro del principio de doble instancia.

En nuestro sentir, la facultad del Consejo de Estado de asumir el conocimiento de ciertos asuntos pendientes de fallo vulnera la organización constitucional de la Administración de justicia y la autonomía de los jueces de inferior jerarquía. Ahora bien, se vulnera el principio de desconcentración, porque, como bien se señaló, la desconcentración de funciones implica que la decisión se profiere exclusivamente por el órgano desconcentrado sin que sea posible al otorgante, por decirlo así, reasumir competencias, a menos que haya modificación normativa que le devuelva tal atribución para tomar la decisión.

No sucede lo mismo cuando nos encontramos dentro de los parámetros del régimen de la delegación,³⁹¹ consistente en que, en cualquier momento, puede el

³⁸⁹ Entiéndase la delegación como una modalidad de desconcentración con características propias.

³⁹⁰ La institución de la delegación en materia judicial opera sólo para la comisión de pruebas, sin que el funcionario delegatario pueda valorarlas y tomar decisión sobre esta, su justificación se da solo en virtud del desplazamiento y la jurisdicción.

³⁹¹ La delegación es un mecanismo de coordinación y organización de la estructura administrativa al que se refiere la Constitución en el artículos 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento

superior jerárquico revocar el conocimiento y decidir el asunto de fondo, situación, a todas luces incompatible con la Constitución, pues el funcionamiento de la Administración de justicia es desconcentrado.

En relación con la autonomía judicial, el artículo 5º la Ley 270 de 1996 establece:

*“La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, **determinar**³⁹² o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.”* (Negrilla fuera del texto original).

De conformidad con el artículo citado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia presupone la autonomía de los jueces de inferior jerarquía para adoptar las decisiones puestas a su conocimiento, enfatizando que en su la decisión no se admite de manera alguna la intromisión por parte del órgano superior.

No obstante, su autonomía no es absoluta, como bien lo ha referido en múltiples oportunidades la Corte Constitucional, porque aunque el juez de inferior jerarquía es autónomo para proferir la decisión, debe hacerlo de conformidad con la Constitución, con la ley y con la jurisprudencia, esto es, debe fundamentarla en el precedente y en la jurisprudencia para la seguridad jurídica, y en caso de apartarse debe hacerlo con base en una sólida carga argumentativa, adoptando la decisión que considere más razonable, pues los jueces de inferior jerarquía también participan en la interpretación del ordenamiento jurídico y no son meros aplicadores de la ley y la jurisprudencia, ni mucho menos como hipotéticamente lo habría dicho Montesquieu: *“La mera boca de las altas cortes,”* por lo que los jueces de inferior jerarquía también contribuyen a la formación de la jurisprudencia en su rango de competencia en virtud de la desconcentración otorgada constitucionalmente. Tanto es así, que con la debida carga argumentativa pueden apartarse del criterio unificador de la alta corporación.

de los fines del Estado. La Administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. y 211: La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”

³⁹² <http://lema.rae.es/drae/?val=determinar>. Diccionario de la Real Academia Española: sinónimo, discernir. Tomar posición en un asunto.

La síntesis del Auto 022/13 de la Corporación puntualiza lo expresado por la Corte en múltiples providencias sobre esta temática:

“El contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las Altas Cortes la función de unificación jurisprudencial al interior de cada una de sus jurisdicciones, por lo que sus precedentes, es decir, sus decisiones uniformes y reiteradas sobre la misma materia, adquieren fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia y la protección del derecho a la igualdad de trato de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces. De igual manera, el principio de autonomía judicial previsto en el artículo 230 C.P., debe compatibilizarse con la protección de los derechos fundamentales de las partes, en especial el de igualdad de trato ante las autoridades. Este derecho implica, en el marco del proceso judicial, que el juez está llamado a guardar un deber de coherencia en la resolución de casos análogos, de modo tal que le está vedado desconocer injustificadamente (i) sus propias decisiones sobre la materia; o (ii) las reglas previstas por la jurisprudencia de los tribunales de cierre de cada jurisdicción, quienes tienen la función constitucional de unificación antes explicada.” (Negrilla fuera del texto original).

Si bien, las altas cortes tienen una función monofiláctica, a éstas, la Constitución Política de Colombia no las exonera de confrontarse con la posición jurídica que el juez de instancia haya adoptado en virtud de la desconcentración del poder para administrar justicia. Más aún, a juicio del demandante, en la función de administrar justicia no necesariamente las partes están obligadas a apelar la decisión adoptada por el *a quo*.

Ahora bien, el artículo 29 de la Constitución Política señala que “...Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio de cada juicio...”; en la misma línea, el artículo 11 del Decreto Ley 1000 de 1980 establece:

“Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad al hecho punible. (...) La decisión sobre el contenido de una apelación es igualmente una actividad judicial, que requiere de un funcionamiento previamente determinado sobre el cual puede asegurarse la efectividad de los principios de la Administración de

*justicia: independencia, imparcialidad, libertad institucional y autonomía (...) como ha reconocido esta Corporación el derecho al Juez Natural es una garantía de carácter fundamental y un elemento inescindible del concepto del debido proceso. Sólo la constitución y la ley pueden constituir su estructura y asignarle competencias para conocer de determinados asuntos. Cuando tal presupuesto no es cumplido, la regulación que estructura un procedimiento sin declarar cual es la estructura jurisdiccional competente, o que deja al arbitrio de las partes su determinación, sería abiertamente inconstitucional.*³⁹³

Obsérvese también como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁹⁴ en relación con el derecho a ser juzgado por el juez competente y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹⁵ por un juez autónomo en la substanciación y previamente definido en la ley, asunto que no se circunscribe a materia penal, sino que también se extiende a las decisiones judiciales relacionadas con temas civiles y administrativos.

Ahora bien, la Corte Constitucional, al transcribir³⁹⁶ la posición de una providencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de justicia en la sentencia T-058 de 2006, destaca:

“(...) Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solamente es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso al principio de doble instancia.”

Consideramos que, en todo caso, la variación de competencia inclusive en el trámite puede ser justificada en procesos pendientes para fallo. Debe perseguir un fin legítimo y adecuado, toda vez que el principio del juez natural tampoco es un derecho absoluto;³⁹⁷ no obstante, pudiéndose variar de competencias, se

³⁹³ Sentencia. C-156 de 2013. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹⁴ “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” (subrayado fuera del texto original).

³⁹⁵ Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” (subrayado fuera del texto original).

³⁹⁶ A. 140 de 2006.

³⁹⁷ Sentencia C-755 de 2013. M.P: María Victoria Calle Correa. *Principio perpetuatio jurisdictionis*.

resalta que se hace de manera precisa y clara, circunstancia ausente en el aparte demandado del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en los procesos en curso se deja en gran incertidumbre al juez de conocimiento, si el proceso del cual conoce, puede en virtud de la petición de una parte, del ministerio público o de oficio por el superior, ser sustraído de su conocimiento, situación que para el caso en estudio vulnera los principios relevantes de la desconcentración y de la autonomía judicial. También es inadecuada conforme a la organización de la Administración de justicia señalada por la propia constitución, pues si bien podrían existir variantes de competencia en procesos en curso debidamente justificadas³⁹⁸ deben estar dentro de ciertos límites, debiendo reconocerse por la jurisprudencia, como uno de los definidos en nuestra constitución: el principio desconcentrado de la Administración de justicia, sin mencionar otros ejemplos como el de transferir competencia a jueces “ad hoc” o a una jurisdicción distinta de la ordinaria.³⁹⁹

Vale allegar las siguientes acotaciones relativas a la posición del Consejo de Estado frente al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*:

“Ahora bien, tratándose de un asunto de variación tanto en materia de jurisdicción como de competencia, tenemos que acudiendo al principio de la perpetuatio jurisdictionis, que por regla general, da derecho a que las partes, de una relación jurídico procesal el juez que conozca del asunto deba ser el mismo para fallarlo.”⁴⁰⁰

Sin embargo, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido, que si bien es cierto la jurisdicción y la competencia del juez se determinan con fundamento en la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda, también lo es, que este principio no es absoluto,⁴⁰¹ cuando de aplicar leyes procesales nuevas se trata; al respecto ha precisado:

“(…) Y aunque el profesor Hernando Morales coincide con el pensamiento del señor consejero Valencia en cuanto afirma en su obra Curso de Derecho Procesal Civil (parte general, Pág. 182, edición ABC 1.985) que las leyes sobre jurisdicción y competencia no versan sobre sustanciación y ritualidad de los juicios ni tienen el carácter de instrumentales, sino que a la vez que estructuran el proceso son garantías constitucionales, sí agrega otras apreciaciones que refuerzan

³⁹⁸C-200 de 2002.

³⁹⁹SU-1184 de 2001.

⁴⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 9527, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil (2000), Magistrada ponente: María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁰¹ Consejo de Estado Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00952-01(34033), Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

la posición de la Sala. Así, por eso (las leyes sobre jurisdicción y competencia⁴⁰², se entiende), son de aplicación inmediata a los procesos en curso, salvo que digan otra cosa, con base en el Art. 18 de la ley 153 de 1887 (Giraldo Zuluaga T.m.p.22), sin que se aplique a ellas la perpetuatio jurisdictionis. Por tanto, si por ley varía el juez competente, deben enviarse a quien en lo sucesivo lo fuere, los procesos en curso, pues se trata de competencia, que es de orden público.”⁴⁰³

De acuerdo con los argumentos expuestos, tenemos como regla general que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, así como las leyes de jurisdicción y competencia debido al carácter público de las mismas, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto cuando se conserva la competencia para adelantar las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado expresa o tácitamente (principio de la ultractividad). *Por tanto, si por ley varía el juez competente, deben enviarse a quien en lo sucesivo lo fuere los procesos en curso, pues se trata de competencia, que es de orden público. Lo anterior sin perjuicio de que el legislador expresamente disponga normas de transición.*

En este orden de ideas, España siguiendo los lineamientos de Francia, establece la posibilidad de la casación ordinaria de la sentencia así como la casación para la unificación de la doctrina. Así lo disponen los artículos 86 a 95 de la LJCA cuando señalan que, cuando existan sentencias contradictorias entre los tribunales o con la doctrina del propio Tribunal Supremo, se permitirá interponer también “*de manera rogada el recurso de casación para unificación de doctrina en los artículos 96 a 99, el cual es más exigente en cuanto a su procedencia, al exigir la identidad de litigantes o situaciones de hecho y de derecho similares. El objeto de este recurso es fijar la doctrina aplicable al supuesto concreto, de tal forma que cuando proceda modificará la sentencia que se dicte cualquiera de las declaraciones contenidas o de las situaciones creadas por la sentencia recurrida, si bien la resolución mediante sentencia del recurso no afectará, en ningún caso, a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias anteriores a la recurrida que se hubieren utilizado como referencia y contraste.*” (...) por último el recurso de casación en interés de la ley, arts. 100 y 101 LJCA, procede cuando estimen que la sentencia es gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.”⁴⁰⁴

⁴⁰² Normas habilitantes procesales.

⁴⁰³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado Expediente 31701. Auto Noviembre 24 de 2005. Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁰⁴ ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. Derecho Administrativo II, Ed. Dykinson S.A., Madrid, 2011. P.143.

Como se observa, en España, ni por asomo, los jueces superiores jerárquicamente gozan de facultades para entrometerse en los asuntos de los cuales conocen los jueces con competencia especial asignada por el legislador, sin que se haya proferido sentencia de fondo y sin que la parte interesada eleve el recurso en el momento indicado en la ley.

Sección A. La jurisprudencia en relación con la relativa autonomía de discrecionalidad de la Administración.

El Legislador en caso de incertidumbre en ciertos eventos, otorga a la Administración los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los cuales califica, en una circunstancia concreta donde se considera una única solución justa que no deja la posibilidad de escoger entre varias opciones, que es lo propio de la discrecionalidad; como ejemplo, encontramos algunos conceptos indeterminados tales como el interés público, el justo precio, la utilidad pública, la oferta más favorable, entre otros; en todo caso, la discrecionalidad se reduce mucho más cuando se trata de conceptos indeterminados en la valoración. En estos, es posible realiza un control jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de la interpretación en torno a la cual se ha fallado.⁴⁰⁵

Díaz Díez, por ejemplo, en el caso del control judicial para la comprobación de la existencia de los hechos determinantes de la decisión y su debida valoración señala: *“en el ordenamiento jurídico colombiano esta técnica tiene su fundamento en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que establece que el acto administrativo discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos. Siendo posible atacarlos por desviación de poder, falsa motivación o infracción de la norma en la que debería fundarse.”*⁴⁰⁶

En cuanto al test de proporcionalidad o discrecionalidad de la potestad administrativa, según la Corte Constitucional se efectúa con base en un juicio prudencia, equidad en el caso concreto, que se subsumen en subprincipios como (i) idoneidad, (ii) necesidad, (iii) proporcionalidad.⁴⁰⁷ En efecto la Administración no solo está sometida a la ley sino a los principios generales del derecho. En efecto **el artículo 230 de la Constitución** Colombiana permite al juez hacerlo, por lo tanto, los actos que vulneren estos principios también pueden ser objeto de la jurisprudencia.

⁴⁰⁵ SESIN, Domingo. Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos *In* CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado de derecho Procesal administrativo. Tomo I., Ed. La Ley, Buenos Aries, 2007.

⁴⁰⁶ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La jurisdicción de lo contencioso administrativo. Ob. Cit., p. 340.

⁴⁰⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-525 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

En Cuanto al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa a partir de la exigencia de la motivación, tenemos que el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, va más allá en la exigencia de la motivación al disponer que habiéndose dado a los interesados oportunidad para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que se motiva. En este sentido la motivación se vuelve en el Estado de Derecho un elemento fundamental del acto administrativo, salvo ciertas excepciones como sucede para los cargos de libre nombramiento y remoción, pero se advierte que, inclusive en estos casos, la medida está restringida cuando se trata de personas de especial protección. En este sentido se comparte la postura de la propuesta de Oscar Eduardo Vargas Rozo sobre la obligatoriedad de motivar las decisiones administrativas discrecionales, pero en el sentido de invertir la carga de la prueba en el proceso, cuando opera la presunción de legalidad del acto, esto es, toca a la administración probar las razones que, en su momento no explicitó.⁴⁰⁸

Con todo lo visto, en Colombia tal como en Francia, en España y en Alemania se optó por el modelo del control jurisdiccional pleno de la Administración, aunque no por esto se pueda sustituir la función independiente de la Administración, siempre que su decisión sea razonable y no viole derechos fundamentales. Se itera, entre varias decisiones razonables, será la Administración la legitimada para escoger la más adecuada, no obstante demostrarse una indebida valoración en los lineamientos de la jurisprudencia, el juez podrá intervenir para garantizar la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el legislador empoderó a la rama judicial sobre las decisiones administrativas especialmente con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, donde señala expresamente que las autoridades Administrativas deberán tener en cuenta las sentencias de unificación de jurisprudencia al momento de adoptar una decisión en la cual se interpreten y apliquen dichas normas. En este sentido, se ve, de bulto, la altísima relación existente entre la función jurisdiccional y la administrativa, más aún cuando los administrados, de conformidad con el artículo 102 de la citada ley, gozan de la posibilidad de extender los efectos de la jurisprudencia en un caso particular cuando la Administración no lo ejecute inicialmente.

La unificación de las decisiones jurisprudenciales y la extensión de las mismas en el escenario administrativo es fundamental para la seguridad jurídica y para garantizar el derecho a la igualdad de trato

⁴⁰⁸ VARGAS ROZO, Oscar Eduardo. Discrecionalidad administrativa: naturaleza, límites y garantías ciudadanas in VIDAL PERDOMO, Jaime. Temas de derecho administrativo contemporáneo, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2005. PP. 361-366.

En cuanto al mecanismo de extensión y unificación de jurisprudencia y su relación con la discrecionalidad administrativa, tengamos en cuenta los siguientes artículos de la Ley 1437 de 2011:

El artículo 3, prescribe que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

- 1) En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y en la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
- 2) En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, el de presunción de inocencia, el de “*no reformatio in pejus*” y el de “*non bis in idem*.”
- 3) En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

El artículo 10 de la Ley 1437, sobre el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, dispuso:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. (Subrayado fuera del texto original). En consecuencia, las sentencias de unificación jurisprudencial no quedan limitadas a la fijación de precedentes verticales para los jueces y tribunales, sino que se proyectan al ámbito de la actividad de la Administración, obligada por virtud del principio de

*legalidad a tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en las que se ha fijado el alcance de las normas aplicables al caso concreto.*⁴⁰⁹ *Situación que resalta la fuerza del poder judicial sobre la rama ejecutiva, ya que esta se ve supeditada a las decisiones judiciales, situación que no tiene génesis en la Ley 1437 de 2011, ya que con anterioridad la Corte Constitucional mediante sentencia C- 539 de 2011, decidió la constitucionalidad del deber de las autoridades administrativas de seguir en sus decisiones los precedentes de la jurisdicciones ordinaria y contenciosa (artículo 114 de la Ley 1395 de 2010).*⁴¹⁰

Antes de entrar en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la unificación jurisprudencial la efectuaba la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, a la que correspondía: *resolver los asuntos que le remitían las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social y conocer los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación.*⁴¹¹ Así mismo, las secciones de la Corporación venían cumpliendo esta función, especialmente las divididas en subsecciones para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre un mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros.⁴¹²

El artículo 1o del acuerdo Nro. 148 de 2014 estipuló: “adiciónase al Acuerdo número 58 de 1999, así:

“Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:

1. Tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

⁴⁰⁹ P. 29. Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia.

⁴¹⁰ **Artículo 114.** “Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros.” **Expresión subrayada fue declarada Exequible por la Corte Constitucional. Mediante** Sentencia C-539 de 2011. para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, **Expresión subrayada declarada Exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante** Sentencia C-539 de 2011, en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional. por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. **Expresión subrayada declarada Exequible mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-539 de 2011.**

⁴¹¹ Ley 446 de 1998. Artículo 33.

⁴¹² Artículo 14. Acuerdo 58 de 1999, modificado por el acuerdo 55 de 2003, por el acuerdo 140 de 2010 y acuerdo 148 de 2014.

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

3. Decidir las solicitudes de extensión de jurisprudencia. En aquellas Secciones integradas por Subsecciones estas decidirán dichas solicitudes, salvo que la Sección asuma la competencia de oficio, a petición de parte, del Ministerio Público o de la Subsección.

4. Decidir las solicitudes de cambio de radicación de procesos.”

Ahora bien, el artículo 270 de la Ley 437 de 2011, en cita, señala tres fuentes para la existencia de sentencias de unificación jurisprudencial:

“(…)

- A. Las que se expidan o hayan expedido por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.*
- B. Las que se expidan o hayan expedido al decidir el recurso extraordinario. (recurso extraordinario de revisión, al corregir sentencias que resulten abiertamente injustas, bien por no haberse podido contar con las pruebas, por ser ilícitas, entre otras, (art. 248 a 255) y el extraordinario de unificación de jurisprudencia, contra sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos en los que se contraríe una sentencia de unificación del Consejo de Estado (art. 257 y 258)*
- C. Las relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo. Se activa contra sentencias o providencias de los tribunales no susceptibles de recursos (art 273), cuando quiera que existan interpretaciones divergentes entre tribunales o cuando se produce apartamiento de una sentencia de unificación o de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.”*

Como se ha señalado, el principio de igualdad, la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico son los fines de la institución de la extensión y unificación de jurisprudencia.⁴¹³

⁴¹³ Sentencia C-634 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. “*El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de*

En cuanto al mecanismo de extensión de jurisprudencia consagrado en los artículos 102 y 269 del CPACA. Al igual que la institución de la unificación de jurisprudencia, su punto de partida se encuentra en el artículo 10 del mismo CPACA, por la importancia del trato ante las autoridades públicas.⁴¹⁴

Así, el equipo de **investigación promovido** por el Ministerio de Justicia y el Derecho y apoyada por la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado ha señalado en el libro *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*:

“Resulta un hecho indiscutible que las autoridades administrativas deben cumplir las decisiones judiciales y que la función del juez no es la de suplir a la Administración en el ejercicio de sus funciones sino ejercer el juzgamiento y control de las mismas. Así, en la nueva codificación se impone a la Administración el deber de decidir de manera uniforme aquellos asuntos de su competencia, teniendo en cuenta no solo las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, sino

interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. en primer lugar, el derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia.”

⁴¹⁴ Sentencia C-539 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. “Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado social y constitucional de derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.(...) Las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete, especialmente del máximo intérprete de la Constitución.” (negrilla).

además las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, todo con la finalidad de obtener la protección de derechos en sede administrativa y una pronta y uniforme resolución de los asuntos de competencia de las autoridades administrativas.

En este contexto el artículo 102 del CPACA crea la figura especial de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades administrativas: las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en las que se haya reconocido un derecho a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

De esta manera, en virtud del derecho a recibir el mismo trato en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (artículos 3° y 10 CPACA), los ciudadanos pueden exigir a la Administración la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado para resolver situaciones que comparten los mismos supuestos fácticos y jurídicos analizados en el respectivo fallo.”⁴¹⁵

Ahora bien, en esta tesis se plantea que la Administración al controlar se co-administra, y al ser las decisiones judiciales las que se imponen sobre la Administración, se considera igualmente, que si bien el juez no suple la Administración, él sí la complementa o la anula, situación que también es administrar positiva o negativamente, lo que en otras palabras, significa que juzgando a la Administración también se administra, y con mayor razón, con el fenómeno de la extensión de jurisprudencia frente a un caso particular que debe resolver la Administración.

El citado grupo de investigación conceptuó:

*“Desde el punto de vista de la providencia judicial que permite activar este mecanismo de extensión de jurisprudencia, el artículo 102 solo exige que el peticionario aporte una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho; de este modo servirá cualquier decisión de unificación de las que trata el artículo 270 del CPACA, con la única condición adicional de que en ella se reconozca un derecho. (...) Dicho de otra manera, **la extensión de jurisprudencia del artículo 102 procede con base en sentencias de unificación favorable del Consejo de Estado o de sus salas, anterior o posterior a la Ley 1437 de 2011.** (Negrilla fuera de texto)*

⁴¹⁵ Ob. cit., Las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y el Mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia. pp. 36-37.

En ese aspecto basta señalar que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha ordenado ya en varias ocasiones la extensión de sentencias de la Sala Plena de esta sección anteriores a la Ley 1437 de 2011, tal como puede verse entre otros expedientes 2012-00539 y 2012-00617.⁴¹⁶ En igual sentido, la Sección Tercera ha admitido a trámite solicitudes de extensión de jurisprudencia apoyadas en sentencias de esta sección anteriores al 2 de julio de 2012.”⁴¹⁷

Finalmente, en cuanto a la valoración de las sentencias del Consejo de Estado que no tiene el carácter de unificación: tienen o no carácter vinculante para las autoridades administrativas. El grupo de investigación alude al tema *in extenso*:

“(…) Lo anterior podría llevar a pensar de manera escueta que cuando no hay sentencias de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, la Administración podría actuar con absoluta libertad de interpretación de las normas jurídicas a pesar de que exista un precedente claro y específico aplicable al caso concreto o incluso, jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, pero que no ha sido objeto de una sentencia de unificación.”⁴¹⁸

Para entender que semejante lectura no es posible, resulta pertinente recordar lo señalado expresamente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-588 de 2012, al declarar exequible el artículo 270 de la Ley 4137 de 2011 y rechazar el cargo relacionado con la pérdida del valor de las sentencias del Consejo de Estado no incluidas en la definición de dicho artículo. Al respecto se señaló:

*“(…) Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. **Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso- administrativo, pero son un tipo especial de providencias- las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el legislador, en ejercicio de su poder de configuración***

⁴¹⁶ En estos casos se ordenó la extensión de los efectos de la Sentencia del 17 de mayo de 2007 sobre indexación. Ver también auto del 19 de septiembre de 2013, expediente 2013-0000.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, p. 39. Ver por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 4 de abril de 2013, expediente 2013-00019.

⁴¹⁸ *Ibíd.*, p. 41.

normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado.⁴¹⁹ (Negrilla).

No obstante, en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado, apartándose del criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, dispuso que los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deben interpretarse, de acuerdo con la Constitución Política, de manera tal que se entienda que el procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado se aplica no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que allí se definen, sino también a todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado, entendido como una sentencia en la cual esta corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, háyase o no desarrollado en una línea jurisprudencial, siempre que se encuentre vigente y actualizada como postura jurisprudencial del Consejo de Estado.⁴²⁰

Precisando también que por precedente judicial vinculante ha de entenderse únicamente la *ratio decidendi* de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha *ratio decidendi* se constituya realmente en el fundamento jurídico-normativo directo y en la razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico.

El mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado fue consagrado en la Ley 1437 de 2011 con varias finalidades: **i)** lograr una aplicación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico; **ii)** contribuir a la materialización de la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades administrativas y judiciales; **iii)** garantizar los principios de la función administrativa como la eficacia, la economía, la celeridad y la imparcialidad; **iv)** contribuir a disminuir la congestión que aqueja a la jurisdicción contencioso administrativa, entre otras.⁴²¹

Por lo visto, el hecho de existir las sentencias de unificación del Consejo de Estado no significa que las demás sentencias proferidas por dicha corporación, hayan perdido su valor como precedente a tener en cuenta por la Administración

⁴¹⁹ Ibídem., p. 42.

⁴²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01123-00(2647-13). Bogotá D.C, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).

⁴²¹ Ibídem., p. 43.

en el momento de adoptar sus decisiones y garantizar que las mismas se sujetan al principio de legalidad.

“En síntesis, el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está delimitado a su vez por la interpretación de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones en relación con la normatividad aplicable al caso concreto, lo cual incide también en la reducción de su discrecionalidad.”⁴²²

(...)

Como a la Administración no le es aplicable el principio de autonomía judicial (artículo 230 C.P.), según ya se señaló, le resultará aún más exigente la carga de argumentación cuando pretenda apartarse del precedente judicial. En consecuencia, no se trata de una simple regla de opinabilidad administrativa sobre el precedente judicial aplicable: para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida deberá demostrarse que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable.”

Es tal el grado de subordinación de la Administración ante los jueces, que la Corte Constitucional señaló que las autoridades administrativas no gozan del principio de autonomía judicial, esto en el entendido de la interpretación de las normas. Compartimos la afirmación, toda vez que la Administración puede apartarse del precedente señalando las razones de hecho y de derecho, manifestación jurídica que influye de manera evidente en la discrecionalidad de la Administración, la autonomía dada es mucho más restringida que la judicial.

Sección B. La autonomía e independencia del Consejo de Estado frente a la Corte Constitucional

La intromisión de la Corte Constitucional en los asuntos de las otras altas cortes, conocida también como el *choque de trenes*, y frente a la autonomía del Consejo de Estado, tenemos que el profesor Quinche Ramírez ha estudiado el tema con profundidad, de donde se hace necesario traer a colación sus argumentos como preliminares para abrir el debate que se abordará en la segunda parte de este

⁴²² Corte Constitucional. Sentencia C-836 DE 2011.

capítulo 2. Sobre **“La Desconcentración y la Autonomía judicial”**, en esta exposición.

Afirma el Quinche Ramírez que es correcto sostener que los derechos fundamentales se pueden ver afectados por decisiones judiciales, y no únicamente, por las decisiones de las autoridades administrativas; por tanto, es válido cuestionarse contra qué jueces opera la tutela contra providencia: *“(…) ¿Es procedente la acción de tutela contra sentencias violatorias de los derechos fundamentales, independientemente de la jerarquía del despacho que profiere el fallo? O por el contrario ¿se aplicará la vía de hecho únicamente a los juzgados de instancia y no a las cortes?”*⁴²³

Para el profesor Quinche, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no se pueden amparar en la cosa juzgada cuando sus decisiones vulneren derechos fundamentales *“con las cuales, estas últimas pasarían a ser algo así como nichos de poder o sedes de lo infalible.”*⁴²⁴

No obstante, indagamos en la presente tesis si es democrático y exequible que sea la Corte Constitucional la única cuya infalibilidad está garantizada por el constituyente por ser el nicho de poder. Porque también ella, tanto como las demás Cortes, está expuesta a lo falible, además que no está claro que sea la única autorizada, en el marco de la óptica de la Constitución colombiana que optó por desconcentrar el poder judicial; discusión que no tendría sentido dentro de un sistema centrado en la unidad de jurisdicción, como sería el caso de la Constitución norteamericana. Controversia que, desde luego, podría solucionarse mediante un cambio de la estructura judicial constitucional, en el marco conceptual de la centralización del poder judicial en la Corte Constitucional, pero con el costo de una mayor concentración del poder, idea que al parecer no resulta ser tan democrática.

En este orden de ideas, en un sistema de desconcentración judicial, el problema jurídico a resolver se presenta con la tensión o colisión⁴²⁵ del principio⁴²⁶ de

⁴²³ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Ed. Ibáñez. Séptima Edición, Bogotá D.C, 2012. p. 310 y ss.

⁴²⁴ Ibídem., p. 312.

⁴²⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. p. 87 *“Los conflictos de regla cláusula de excepción, una de las reglas debe ser declarada inválida, por lo que dos reglas resultan ser contradictorias. Se puede acudir a principios que solucionen la controversia tales como lex posterior derogat legi priori y lex specialis derogat legi generali.”* En cuanto la colisión de principios se solucionan de manera distinta, uno de los principios debe ceder ante el otro, pero no significa que el principio sea inválido, uno de los principios precede o no al otro, En los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de regla se llevan a cabo en la dimensión de la validez y los principios se mira es la ponderación. Por otro lado puede verse Sentencia C-818 de 2005 Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, que acoge dichos argumentos.

⁴²⁶ ATIENZA, Manuel. Juan Ruiz Manero. Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos, ed. Ariel, Barcelona, 1996. p. 9. *“Robert Alexy, desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en*

desconcentración de la Administración de justicia, con sus respectivos tribunales de cierre y el principio de la tutela judicial efectiva contra providencias que eventualmente vulneren derechos fundamentales, como garantías en un Estado social y democrático de derecho. Lo que nos permite plantear que el principio de desconcentración de la Administración de justicia no es un mandato de optimización de carácter absoluto, pero tampoco puede ser anulado por la acción de tutela contra providencia judicial. Siempre habrá que estudiar las circunstancias de cada caso, para ver si el primero cede o no frente al segundo y viceversa.

La posición expuesta la respalda el profesor español Picó I Junoy:

“A pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de ley o de doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que – como apuntamos con anterioridad- la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simplemente apariencia de la misma. En consecuencia, el artículo 24.1 C.E. no ampara la mayor o menor corrección de la resolución judicial en la interpretación de la legalidad, sino la prohibición de toda arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la misma. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva se define como derecho a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él un derecho al acierto de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la legalidad.”⁴²⁷

Es del caso precisar, que en el presente trabajo compartimos la idea de la tutela contra providencia judicial, inclusive cuando la misma ha sido proferida por cualquiera de las altas Cortes. Desde luego, deberá probarse la vulneración del derecho fundamental, siendo la procedencia del amparo de carácter restrictivo, por lo que nos alejamos un tanto del criterio adoptado por la Sala Plena del Consejo

Dworkin, ha escrito que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas, el campo de las posibilidades jurídicas está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos (...) toda norma es o bien una regla o un principio. (Alexy. 1988, pp.143-144; cfr. También Alexy, 1993, p.86). A nuestro juicio, que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero.”

⁴²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso, Ed. Bosch, segunda edición Barcelona, 2012. pp.81-82.

de Estado, porque aunque, en rueda de prensa el presidente del alto tribunal, Gustavo Gómez Aranguren, explicó que esa posibilidad no depende de la configuración de vías de hecho, sino de la violación de derechos fundamentales, posición que implica una protección más amplia; de igual forma resaltó que la decisión permite construir un nuevo concepto de seguridad jurídica, relacionado con la protección de esos derechos y garantías. Pero aun así, indicó, el amparo sólo procede excepcionalmente y nunca contra providencias de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.⁴²⁸ Sin embargo, como se expuso, consideramos que la tutela contra providencia judicial también es también es viable de manera restrictiva contra las decisiones de las altas cortes.

La tutela contra providencia judicial está plenamente justificada en eventos de graves transgresiones de los derechos fundamentales; el profesor Quinche allega como ejemplos, sentencias que constituyen verdaderas vías de hecho como la Sentencia T-1306 de 2001. Es el caso del señor Florentino Méndez Espinosa: la Corte Suprema de Justicia le negó el derecho de pensión de jubilación al demandante, pese a cumplir con todos los requisitos para obtenerla, y la negó por defectos de técnica en la formulación de la demanda, evento en donde se violaba el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.⁴²⁹

Se expone también un asunto, esta vez entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, donde el segundo como juez *ad quem* negó la pretensión de la demanda, consistente en declarar la nulidad del acto que decretó una insubsistencia con desviación de poder. Se interpuso acción de tutela contra la providencia del Consejo de Estado alegándose una vía de hecho por defecto fáctico, pues no se valoraron las pruebas obrantes en el proceso, configurándose una violación al debido proceso. La tutela fue radicada ante la sección cuarta del Consejo de Estado; allí fue negada por improcedente, con base en la Sentencia C-543 de 1992. No obstante, la Corte Constitucional en su facultad de selección de tutelas para revisión encontró dos pruebas que eran clave para la decisión favorable al demandante, pasadas por alto por el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, de conformidad con la providencia de tutela, se dispuso a dictar nueva sentencia, y señaló que la corporación sí había hecho un estudio de la documentación aportada en el acápite de pruebas. Se pronunció nuevamente, prueba por prueba y pese a hacerlo no encontró demostrada una desviación de poder en la declaración de insubsistencia de la demandante, y consideró que quien incurría en vía de hecho era la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-902 de 2005.

⁴²⁸ http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12080105consejo_de_estado_modifica_criterio_sobre_tutela_contra_sentenci/noti-120801-

⁴²⁹ Ob. Cit., QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias. P. 314.

La Corte Constitucional, mediante Auto de Sala Plena No. 249 del 6 septiembre de 2006, en cuanto al cumplimiento del fallo de tutela, resolvió dejar sin efecto la segunda sentencia proferida por el Consejo de Estado. En Auto de Sala Plena datado el 20 de septiembre de 2006, el Consejo de Estado insistía en su posición al señalar: *“el ilegal Auto, la Corte Constitucional desbordó su función de intérprete autorizado de las normas jurídicas, para llegar al extremo de indicarle al juez natural la forma como debe valorar una prueba. Con desconocimiento de la razón de ser de los órganos de cierre de las otras jurisdicciones y con grave quebrantamiento del principio de autonomía del juez en la valoración de la prueba en conjunto con la comunidad probatoria del proceso.”*⁴³⁰

La controversia expuesta evidencia como la valoración e interpretación de la norma y de la prueba que sustenta los hechos varía de una a otra corporación, sin que a los razonamientos de la una o de la otra se les otorgue menor o mayor valor. Además, salta a la luz lo relativo que resulta afirmar cuándo hay o no una vía de hecho. En todo caso, nos parece lesivo que la Corte Constitucional pretenda imponerle al Consejo de Estado cómo debe administrar justicia en su rango de competencia, y ordenarle reconocer el restablecimiento del derecho por considerar que sí hubo lugar a la desviación de poder para el caso concreto, pese a que el Consejo de Estado valoró todas las pruebas y no lo consideró así. Por tanto, está bien que en caso de dejarse de valorar una prueba, se ordene al juez tutelado tener en cuenta el debido proceso y atender los argumentos expuestos por el tutelante, aceptando el aporte de la tutela a la reconstrucción de los hechos; pero no se debe entrar a reemplazar la competencia para tomar la decisión de fondo; pensamos que con este proceder se extralimita y se rompe con la desconcentración de la Administración de justicia, desde luego, siempre que no se trate de una decisión arbitraria.

En resumen, los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, considerados como tribunales de cierre se sustentan en los salvamentos de voto a la Sentencia T-006 DE 1992, que son: **a)** ausencia de jerarquía entre altas cortes como órganos de cierre; **b)** argumento de la cosa juzgada; **c)** argumento de la autonomía judicial; **d)** independencia funcional; **e)** argumento de la defensa de la constitución.⁴³¹

Sin embargo, para la Corte Constitucional no se trata de una invasión de jerarquías con el argumento de hacer prevalecer el orden constitucional para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios y contenciosos administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución es la misma Corte Constitucional. Señala que en materia de tutelas y de derechos fundamentales, es

⁴³⁰ Ibídem., p. 320.

⁴³¹ Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

la inevitable consecuencia de la adopción del sistema mixto de constitucionalidad.⁴³²

Querer extender el alcance de la acción de tutela a las providencias de los jueces, cuando interpretan incorrectamente el alcance de la constitución,⁴³³ va a contrapelo de varios principios fundamentales de nuestro sistema de administración de justicia, en especial porque los alcances y la tensión de los derechos fundamentales deben estar determinados discrecionalmente por el juez de cada jurisdicción. Las características de la tutela como protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos es precisamente el carácter supletorio que la define; la naturaleza de este instrumento responde a una ya claramente definida que procede cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial o, cuando de no hacerlo con prontitud, se causaría un perjuicio irremediable.⁴³⁴

Finalmente, todo el ordenamiento jurídico se resume en garantías y derechos fundamentales; por tanto cada rama del derecho comprende el nivel constitucional de su área, porque, finalmente, no son sólo los jueces constitucionales los llamados a desarrollarlos, sino que todo juez en su actividad está llamado a darles el alcance que considere más razonable.⁴³⁵ De adoptarse otro criterio, se creería

⁴³² Ibídem., p. 321.

⁴³³ Corte Constitucional, en las Sentencias C-590 de 2005 como Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño y en la SU-913 de 2009 como Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez. sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra sentencia. “(...) **no sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados**” g. **Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.** h. **Violación directa de la Constitución.** Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la **superación** del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien **no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.**” (negrilla fuera del texto original). Mírese también sentencia de tutela 125 de 2012 donde se alude a la reiteración jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

⁴³⁴ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano, Ed. Legis primera edición, Bogotá D.C., 2004. p. 162.

⁴³⁵ Lo contradictorio del asunto es que la Corte Constitucional ya en la Sentencia T-1222 de 2005, como Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño había expresado: “Como lo ha señalado reiteradamente la Corte, no es el juez constitucional el funcionario encargado de definir la correcta interpretación del derecho legislado. En particular, la jurisprudencia ha reconocido que es la Corte Suprema de Justicia la intérprete autorizada del derecho civil y comercial. Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a estudiar si se produce alguna clase de defecto cuando en un proceso ejecutivo de ejecución de providencia judicial, el juez de apelación revoca el mandamiento de pago, al considerar que la entidad demandada en el proceso ordinario carecía de capacidad para ser parte en él. En este sentido, no sobra indicar que, en todo caso, **los jueces civiles son intérpretes autorizados de las normas que integran esta rama del derecho y el juez constitucional no puede oponerles su propia interpretación salvo que se trate de evitar una evidente**

que la Corte Constitucional es la depositaria original de todo el poder judicial, y que todos los demás órganos judiciales lo ejercen por una suerte de delegación de ella; idea equivocada si se tienen en cuenta los principios constitucionales, en especial el de la desconcentración horizontal y vertical para administrar justicia.⁴³⁶

Como se desprende de los apartados precedentes, el punto resaltado en la presente tesis no se centra en si la tutela procede o no contra sentencia judicial, dado que se reconoce que los jueces pueden vulnerar derechos fundamentales al adoptar decisiones en sus providencias, y por tanto, surge la necesidad de atacarlas; fundamentalmente se cuestiona si con el principio de desconcentración de la Administración de justicia, autonomía e independencia judicial y los principios de separación de poderes, pilares de nuestra constitución, puede la Corte Constitucional, vía interpretación, atribuirse dichas facultades sin afectar la estructura de poder. Entendemos que se justifica la existencia de la tutela contra providencias, pero el control debe igualmente desconcentrarse, porque de lo contrario se ha de concluir categóricamente, que en la práctica, la Administración de justicia se centraliza en la Corte Constitucional, dado que, si bien tiene facultad para revisar los fallos de tutela, pasó también a revisar las sentencias ordinarias de cualquier jurisdicción. Lo anterior, desde luego, afecta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, las cuales también son objeto de revisión por la Corte Constitucional; con tan amplias facultades para auto considerarse como el juez por excelencia para fijar el alcance constitucional de los fallos.

arbitrariedad o una clara violación de los derechos fundamentales de las partes. En este caso el juez constitucional tiene la carga de demostrar fehacientemente la existencia de una vulneración del derecho constitucional de los derechos fundamentales como condición previa para poder ordenar la revocatoria de la decisión judicial impugnada. En suma, ante una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial por presunta arbitrariedad en la interpretación del derecho legislado -vía de hecho sustancial por interpretación arbitraria- el juez constitucional debe limitarse exclusivamente a verificar que la interpretación y aplicación del derecho por parte del funcionario judicial no obedezca a su simple voluntad o capricho o que no viole los derechos fundamentales. En otras palabras, no puede el juez de tutela, en principio, definir cuál es la mejor interpretación, la más adecuada o razonable del derecho legislado, pues su función se limita simplemente a garantizar que no exista arbitrariedad y a proteger los derechos fundamentales y no a definir el sentido y alcance de las normas de rango legal.”(negrilla fuera del texto original).

⁴³⁶ Fallido Proyecto de Acto Legislativo 013 de 2006 que limitaba la acción de tutela, en la exposición de motivos dijeron:“(…) no puede pasarse por alto las enormes construcciones doctrinarias y los efectos prácticos de las sentencias que en la protección de todo tipo de derechos, incluido los fundamentales, han realizado tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en su larga trayectoria en la institucionalidad del país. La constitución vigente, al institucionarlos de nuevo como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y como tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo, les ratificó sus competencias históricas y concretó su autonomía al establecer que no tendría superior funcional ni jerárquico en el ejercicio de sus funciones.” Agregan más adelante que: “no se puede desgastar el valor del proceso como herramienta de estabilización de las expectativas sociales, tampoco se puede admitir que el único proceso a salvo del error es la acción de tutela. No hay un recurso epistemológico que se preserve contra el error, la especialidad del conocimiento y la delimitación de los saberes, sí es un antídoto eficaz identificado en la metodología científica universal.” La anterior posición fue descartada porque no es razonable que se pretenda adoptar una inmunidad de las altas en cuanto a la protección de los derechos fundamentales cuando se está en presencia de una sentencia manifiestamente arbitraria.

Con tales argumentos la Corte Constitucional anula principios que se desprenden de la descentralización de la Administración de justicia, como la autonomía judicial y la cosa juzgada, cuando los confronta con el principio de la tutela judicial efectiva contra providencias, tal como lo deja entender la Sentencia T-094 de 2013:

“(…) Como ha sido señalado en reciente jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un juicio de validez y no como un juicio de corrección del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación normativa, que dieron origen a la controversia.”⁴³⁷

Pero la Sentencia C-590 de 8 de junio de 2005,⁴³⁸ señala como requisito para la tutela contra providencia, que sea de una clara y marcada importancia constitucional, so pena de involucrarse en asuntos otras jurisdicciones deben definir. Lo que puede constituir un despropósito, porque, en últimas, toda decisión se relaciona con una relevancia constitucional o con un derecho fundamental, por lo cual le resta alcance de ese rango a las decisiones adoptadas por sus pares.

El doctrinante Ramiro Mesa consolida aún más la precitada afirmación: “La casación en el nuevo estatuto procesal penal ha sido diseñada como un CONTROL legal y constitucional, ampliándose el campo de acción de dicho mecanismo de contrapeso institucional, al permitir verificar no solamente las infracciones a la ley, sino también a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, sin deberse dejar pasar por alto no obstante que la Corte Suprema de Justicia desde varios años, antes de la expedición de la Constitución

⁴³⁷ Sentencia. T-094 de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³⁸ Obsérvese la evolución jurisprudencial sobre las vías de hecho en Sentencias C-543 de 1992, declara inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que consagra la posibilidad de presentar acción de tutela contra providencia judicial. T-231 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se introduce el concepto de defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental. Sentencia T-118 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. La cual define la vía de hecho como una transgresión grave y protuberante de la normatividad. Sentencia SU-543 de 1999. M.P. Alejandro Martínez. En esta sentencia se define vía de hecho como aquellas actuaciones de hecho caracterizadas por el capricho del funcionario judicial, por su falta de fundamento objetivo y por vulnerar derechos fundamentales. Sentencia T-1031 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre se introduce un nuevo elemento al manifestar que, además de los casos anteriormente anotados, proceda la tutela contra providencia judiciales cuando una decisión judicial se aparte de los precedentes sin motivación alguna. Sentencia T-200 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas. Se reitera que la tutela contra sentencias es una especie de control concreto de constitucionalidad. Sentencia T-744 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda. Se reitera el cambio de jurisprudencia del concepto de vía de hecho y sustitución por causales genéricas de procedibilidad; llegando hasta la aquí aludida Sentencia C-590 de 2005 que amplía el marco de competencia de la Corte Constitucional.

de 1991, ya venía aplicando la tesis de las nulidades jurisprudenciales de origen constitucional, permitiendo la anulación de procesos en que se hubieren desconocido garantías constitucionales con transcendencia procesal, a pesar de no estar previstas como causales taxativas anulatorias de la actuación en el Código de procedimiento penal de la época, habiéndose expuesto con toda extensión esa doctrina en la sentencia dictada el 8 de mayo de 1970. De ahora en adelante, el juicio de legalidad y de constitucionalidad de la sentencia recurrida en casación tendrá como razón de ser la verificación acerca de si se afectaron o no derechos o garantías fundamentales, al punto que la violación de los mismos es lo que legitima la instauración de la demanda de casación, debiéndose entender hacia el futuro que las tres causales de casación presuponen la violación de derechos y garantías fundamentales por la vía directa en lo tocante con la aplicación, interpretación e inaplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucionalidad o legal llamada a regular el caso (causal primera), por violación al debido proceso y el derecho de defensa consagrados en normas de la misma categoría ya anotada (causal segunda) y por desconocimiento manifiesto de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se ha fundado la sentencia, igualmente consagradas en disposiciones del bloque de constitucionalidad o constitucionales o legales, pero siempre con el referente de las garantías fundamentales. El nuevo diseño de la casación, determina que el objeto de la misma sea adecuado el proceso a la Constitución y la ley y que mediante el mismo se afirmen esos ámbitos normativos vinculantes.

(...) no obstante la claridad de los argumentos analizados que permiten sostener la identidad de fines entre la casación y la tutela, al punto que ello debería determinar la improcedencia de esta frente aquella, sostiene la Corte Constitucional en una argumentación más aparente que real... salta a la vista entonces que, no obstante en el numeral 26 de la sentencia [sic] sostener la Corte Constitucional que la Casación y la tutela tienen el mismo propósito final, vale decir la garantía a los derechos fundamentales logrando una aplicación directa de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, lo cierto es que vendrían a ser diferentes en cuanto al órgano que debe fallarlos y a la índole del juicio que sobre la sentencia se realiza en cada uno de esos dos instrumentos jurídicos, justificándose así, la subsistencia de los dos institutos.”⁴³⁹

Con lo dicho, no se resta importancia a la tutela contra providencia judicial cuando el juez, y sea cualquier juez, vulnere un derecho fundamental para tomar una decisión; empero, es bien distinto que la Corte Constitucional pretenda darle el alcance constitucional a la decisión adoptada por cada juez en su respectiva jurisdicción, a menos que esta sea arbitraria, esto es, decisiones sin motivación,

⁴³⁹ MESA VÉLEZ, Ramiro. La acción de tutela contra los fallos de casación, Ed. Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C, 2009. P. 131.

donde prevalezca la forma sobre el derecho sustantivo, que corresponda a verdaderas vías de hecho o burda transgresión de la Carta.

Es decir, resulta procedente a toda luces tutelar providencias por falta de competencia, o porque se apartan del procedimiento establecido legal o del precedente de la propia jurisdicción sin la carga argumentativa, o por tomar decisiones sin tener en cuenta pruebas, o por darlas por probadas sin haberlo sido, o por no haberse tenido en cuenta una norma, o por no tenerse en cuenta el bloque de constitucionalidad o, inclusive, por no aludirse a jurisprudencia internacional referente al caso, o también por haberse aplicado una normatividad inexistente o improcedente, etc.

No obstante, el alcance constitucional de los derechos fundamentales involucrados en materia especializada deberá ser el resorte de la propia jurisdicción, pues uno u otros argumentos son y serán siempre los criterios razonables, para unos más, para otros menos, pero la autoridad definida para dar el cierre en estos asuntos son las diferentes cortes, probablemente falibles en un momento dado, pero finalmente legitimadas para ser los cuerpos de cierre con el alcance constitucional de los derechos involucrados en sus competencias. Lo anterior, porque aceptamos el derecho como criterio jurídico de autoridad.

Se ha controvertido si aceptar la tutela contra sentencia judicial es desnaturalizarla por completo; deja de ser un recurso supletorio para convertirse en un recurso ordinario por excelencia, pues finalmente resulta que con la tutela la Corte Constitucional define todos los asuntos concretos de Estado, seleccionando aquellos que van más allá de los de *vías de hecho*,⁴⁴⁰ aun cuando para las otras Altas Cortes no lo sea por otros motivos razonables.⁴⁴¹ Lo cierto es que en la Corte

⁴⁴⁰Sentencia T-533 de 2001, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. “*Lavía de hecho constituye un abuso de poder, un comportamiento que se encuentra desvinculado de fundamento normativo alguno, un acto que traduce la negación de la naturaleza reglada de todo ejercicio del poder constituido. La vía de hecho desconoce que en un Estado constitucional, a excepción del constituyente originario, todos los poderes son limitados y que esos límites vienen impuestos por la Carta Política y por la ley pues éstos desarrollan valores, principios y derechos que circunscriben los ámbitos del poder y que determinan los espacios correlativos de ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, ante situaciones extraordinarias, es decir, en aquellos casos en que se está ante manifestos desconocimientos de la Constitución y de la ley y que son susceptibles de vulnerar o amenazar derechos fundamentales, la acción de tutela procede aún en tratándose de decisiones judiciales pues en esos casos la protección constitucional de los derechos opera como un resorte estatal que procura la salvaguardia de esos derechos afectados por actos de poder que, no obstante su aparente juridicidad, se sustraen a fundamento normativo alguno.*”

⁴⁴¹SAGUÉS, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución, ed. Segunda edición, LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2006. p. 190. Señala que el profesor SAGUÉS ha sostenido que “(...) si la magistratura constitucional especializada se ubica como órgano extra poder fuera del poder judicial, inevitablemente el peso político de este último; y si se erige dentro del poder judicial, pero en rango paralelo a la Corte Suprema Justicia tradicional (sistema alemán, v. gr.) tal duplicidad de tribunales supremos dentro de un mismo poder imponer a su vez la obligación de establecer reglas de fuego definidas y eficaces para limitar el radio de acción de cada uno de ellos, de todas maneras, es de prever que ese multicefalismo judicial reste energía al poder judicial como poder institucional, aunque este problema no exista en alemán.”

Constitucional se discute quien tiene, finalmente, la última palabra entre varias decisiones razonables para solucionar los asuntos del Estado; lo anterior, pese a que hubo en el año 1992 sentencia que declaró no exequible la tutela contra providencia judicial por desconocer principios como los de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada.⁴⁴²

Se ha establecido a través de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional es el autorizado para interpretar la Constitución, y que su función es controlar a todos los órganos para que se sometan a los mandatos constitucionales, sin que por ello se entienda que se usurpan funciones propias de otros órganos.⁴⁴³ Discrepamos de esta posición, porque:⁴⁴⁴ “(...) no es cierto que el artículo 86 de la Carta, ni

⁴⁴²La Corte Constitucional, en Sentencia C-543/92 declaró inexecutable algunas normas del Decreto 2591 de 1991 que establecían la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Esta sentencia hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, de manera que no pueden revivirse las disposiciones que fueron declaradas inexequibles, pero como vemos hoy claramente, con la amplitud en que la Corte ataca las providencias de los jueces mediante la denominada causales genéricas de procedibilidad, podemos afirmar que ha desconocido la decisión de la cosa juzgada constitucional. Las razones del fallo, en resumidas cuentas, son: “*La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. Si la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho -“non bis in ídem,” con esa garantía procesal resulta incompatible la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, toda vez que ello representaría la reapertura del proceso culminado. Aunque se admitiera, en gracia de la discusión, que, a pesar de las razones enunciadas, fuera procedente la acción de tutela para que un juez impartiera órdenes a otro en relación con las providencias proferidas por su Despacho, tal posibilidad de todas maneras resultaría contraria al espíritu y al mandato del artículo 86 de la Constitución, pues reñiría con su carácter inmediato, en cuanto la orden habría de retrotraerse necesariamente al proceso culminado, con la inequívoca consecuencia de la invalidación, total o parcial, de etapas anteriores a la adopción del fallo, prolongando indefinidamente la solución del litigio. No procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente. Se hace posible la acción de tutela respecto de actuaciones judiciales distintas de las providencias. El acceso a la Administración de justicia requiere, para que en efecto tenga utilidad, de un sistema jurídico que contemple un momento procesal definitivo en el que, con certeza, las resoluciones que se profieran sean aptas para la concreción de los derechos. Pero, además, implica que los jueces vayan resolviendo los asuntos puestos a su consideración de tal modo que, evacuados los que se definen, puedan prestar atención a nuevos procesos. Los pleitos interminables acaparan y obstruyen el aparato judicial y por lo tanto impiden a otras personas acceder a la Administración de justicia, causando simultáneamente daño al interés general.*”

⁴⁴³Artículo virtual Córdoba Triviño Jaime: www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2561/14.pdf, *La tutela contra sentencia judicial. el caso de Colombia, Ob. Cit.*, p. 204.

⁴⁴⁴Personalmente considero que la Corte Constitucional ha interpretado erróneamente el artículo 241 de la Constitución Nacional el cual prescribe salvaguardar la integridad y la supremacía de la constitución, debido a que en vez de centrarse en la supremacía de la Constitución, se ha centrado en salvaguardar la integridad y supremacía de su Corporación, cosa bien diferente, pues la Constitución no está en la Corte Constitucional, está en todas las instituciones y medios de participación que la conforman, la Corte Constitucional asume la

*ningún otro, haya erigido a la Corte Constitucional como máximo tribunal de derechos constitucionales, lo que sí hizo fue erigirla en máximo tribunal de tutela, cuando le atribuyó la función de revisión final de los fallos de instancia, que es cosa muy distinta. Y es cosa muy distinta por la potísima razón de que la tutela dista mucho de ser el único recurso o el más elevado de los instrumentos de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Ciertamente hay varios más y no son pocos aquellos en relación con los cuales la Corte Constitucional no juega ningún papel, ni tiene por qué juzgarlo.”*⁴⁴⁵

La tutela contra sentencia judicial consagra un fin importante, consistente en la revaluación de la aplicación del derecho; pero este mecanismo debe ser tomado con suma cautela, porque el Estado es una persona jurídica más, no un ente ideal perfecto; luego, por más instancias que se creen, de las decisiones incorrectas o de las que creemos que son correctas siempre padeceremos los efectos.⁴⁴⁶

El fin de corregir decisiones judiciales para que sean más razonables es una justificación válidamente constitucional, pero el medio por el cual la Corte quiere alcanzar dicho fin es inconstitucional, esto es, que aunque la Corte Constitucional se reconoce como la máxima intérprete de la Constitución, y pese a afirmar que *“entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel;”*⁴⁴⁷ tal interpretación, si se considera Corte de Cortes, vulnera no sólo la estructura del Estado en la desconcentración de impartir justicia, sino que también vulnera pilares fundamentales constitucionales, como la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, sin que se entienda por esto que al fusionar los tres poderes en una corporación traiga por sí sólo consecuencias adversas en el manejo del poder; pues así funciona el parlamento inglés,⁴⁴⁸ modelo al cual apuesta la Corte

arrogancia del rey Luis XVI, solo que en vez de decir “l'état c'est moi” solo le falta decir “la constitution c'est moi.”

⁴⁴⁵ ESGUERRA PORTOCARRERO Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Op. cit., p. 165.

⁴⁴⁶ En la Sentencia SU-1219 de la Sala Plena, del 21 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Cepeda Espinosa se sostuvo: “es incontestable que, tratándose de fallos de tutelas, un juez también puede equivocarse.”

⁴⁴⁷ C-113 de 1993, Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía. Consideramos que frente a esta afirmación sí tenemos un gran problema, y es que si ello es así, la soberanía no radica en el pueblo, sino en la Corte Constitucional.

⁴⁴⁸ BAGEHOT Walter. La Constitución inglesa. Estudios preliminares de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2010. pp. 19-31. *“Por último, Park consideraba posible garantizar la libertad sin necesidad de afirmar la separación de poderes, coincidiendo en este caso con James Mill y Bentham. A su juicio, en efecto, tanto Montesquieu como Blackstone se habían equivocado al sostener que la libertad no podría fructificar allí donde la función legislativa y ejecutiva estuviesen depositadas en las mismas manos. Para Park, la libertad seguía existiendo en la Gran Bretaña aunque el Gabinete ejerciese ambas funciones, por cuanto tanto una como otra seguían estando limitadas y sometidas al control. (...) la constitución inglesa consiste en la estrecha unión, en la fusión casi completa del poder*

Constitucional a través de su jurisprudencia, sin necesidad de acudir a una reforma o acudiendo a un cambio realizado por el constituyente primario.⁴⁴⁹

Ciertamente en Colombia no tenemos Constitución escrita ni rígida como se cree,⁴⁵⁰ pues así como en el Parlamento inglés, la Corte Constitucional en Colombia la define mediante sus actos, su jurisprudencia, particularmente para atribuirse competencias,⁴⁵¹ pasando entonces, más bien, de ser guardiana a ser dueña de la Constitución.

El magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Martínez Mauricio, para justificar la supremacía de los tribunales constitucionales sobre los tribunales de casación, apela al sentido histórico: *“Con la superación del Estado simplemente de derecho y el advenimiento del Estado de los derechos o constitucional adquieren importancia los tribunales constitucionales, y como consecuencia pierden protagonismo los de casación. En efecto, como es sabido, en Francia el tribunal de casación a través del recurso de casación tuvo la función de anular las sentencias no para tutelar derechos, sino para proteger la ley, para impedir que fuera interpretada y poder así asegurar la voluntad del legislador frente a los jueces en materia de derechos. (...) pero ahora en los estados constitucionales el nuevo derecho común lo representa los preceptos constitucionales y no todos los códigos; y en consecuencia de ello, como se afirma en la*

ejecutivo y del poder legislativo. El Gabinete era precisamente el eslabón que unía ambos poderes. Se trata en realidad, de un comited del legislativo elegido para ejercer el poder ejecutivo.”

⁴⁴⁹ GARCÍA, Hugo y QUEVEDO, Norbey. A Santos le falta inteligencia política: Fernando Londoño, Bogotá, Ed. El Espectador, Política, 26 de mayo de 2012. *“¿Qué tal las tutelas en materia económica y social? La Constitución dice que la tutela es para proteger los derechos fundamentales, pero la Corte dice que también es para los conexos. La Corte Constitucional gobierna. Sustituyó al Congreso quitándole el poder de reforma de la Carta, sustituyó al Ejecutivo y manda a través de tutelas y comisiones de seguimiento. Y acabó con el Poder Judicial: las sentencias de la Corte Suprema y el Consejo de Estado las revisan ellos. Se quedó con todo el poder.”*

⁴⁵⁰ NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas, Bogotá, Ed. Temis, 2006. pp. 340-341. *“En Colombia la Constitución se sitúa dentro de la variedad de constituciones rígidas. En efecto, la Constitución política prevé, en sus artículos 374 a 380, los distintos mecanismos de los cuales puede ser reformada, mecanismos que comprenden la reforma por el Congreso, por la asamblea constituyente, o por el pueblo mediante referendo. Agrega el Autor que sobre constituciones flexibles que “Gran Bretaña nos ofrece por ejemplo ese tipo de constitución, por cuanto las reglas constitucionales pueden ser modificadas por el parlamento a través de una ley ordinaria, o por los jueces a través de una nueva jurisprudencia, o por la costumbre contraria a la regla.”*

⁴⁵¹ CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. La tutela contra sentencia judicial, el caso de Colombia, Esta obra hace parte del acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2561/14.pdf>. Fuente consultada en diciembre 2012. Sostiene que son ellos los autorizados para interpretar la Constitución, y que son ellos los que deciden cómo los restantes órganos se deben de someter a la Constitución, sin que ello suponga, según él, usurpar las funciones propias de dichos órganos. Afirmación que no compartimos en absoluto, siguiendo los lineamientos de nuestra tesis.

*doctrina española, si la instancia unificadora ya no son los códigos sino la constitución, ya no es el recurso de casación sino el recurso de amparo.*⁴⁵²

Frente a lo expuesto por el Magistrado Martínez, es correcta su afirmación en cuanto a la limitación legal del tribunal de casación cuya intención, en un principio, era la de ser un recurso de protección del ordenamiento jurídico abstracto. El tribunal de casación evolucionó igualmente como lo hacen los tribunales constitucionales para proteger los derechos subjetivos de las personas, más aun, en cuanto a la construcción de su jurisprudencia apela a la interpretación constitucional para solucionar los litigios de su área ordinaria, dado que no es un juez que se limite a la legalidad, sino que apela constitucionalmente a la norma de normas que es precisamente la Constitución. Pretender imponer la acción de tutela como cláusula general frente al recurso ordinario de casación es una clara manifestación dirigida a imponer un tribunal sobre el otro y no a buscar la colaboración armónica de poderes, so pretexto de considerar únicamente a la Corte Constitucional como el juez máximo de la Constitución; porque consideramos, que el hecho de adoptar el nombre de Corte Constitucional no la convierte en la única guardiana de la Constitución.

Al anterior interrogante respondería el Magistrado como lo hace en líneas posteriores de su tesis, al sostener que todos los jueces pueden interpretar la Constitución, *“pero para el funcionamiento del Estado se requiere el reconocimiento de un orden y jerarquía de esa facultad interpretativa, para evitar que haya tantas constituciones cuantos intérpretes. Por eso el reconocimiento se le hace al máximo juez de la Constitución y de los derechos fundamentales, cuando este haya hecho la interpretación ella tiene el carácter de última y de suprema y, por tanto, vincula a los demás jueces.”* y afirma: *“esta supremacía de los tribunales constitucionales no puede ser presentada como una victoria sobre los otros tribunales, sino como la consecuencia de un modelo de Estado, el modelo constitucional, que incluye una distribución de competencias, así como en el ordenamiento jurídico la prioridad la tiene la Constitución; no en vano se asocia siempre al concepto de Estado social y democrático el de la institución del tribunal o Corte Constitucional.”*⁴⁵³

En todo caso, aquí nos encontramos ante una situación altamente compleja de interpretación, cuando en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política,

⁴⁵² MARTÍNEZ, Mauricio. La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009. p. 104. Quien afirma lo referenciado apoyándose en Díez Picazo, Luis María. Dificultades prácticas y significado constitucional del Recurso de amparo *in* Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 4, 1994. p. 35.

⁴⁵³ MARTÍNEZ, Mauricio: La constitucionalización de la justicia importa que los jueces justifiquen suficiente y razonadamente su posición jurídica y la autonomía judicial, ob., Cit. pp. 122-124.

se le atribuye a la Corte Constitucional la supremacía en los estrictos y precisos términos, dentro de los cuales está revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, sea cual sea la jurisdicción y el tribunal que la haya resuelto. A nuestro modo de ver, la Constitución no faculta a la Corte Constitucional para revisar las decisiones de las demás jurisdicciones de plano, pero, con la ampliación de la acción de tutela a decisiones judiciales, se logra, en todo caso, revisar las providencias de las demás autoridades judiciales que bien pueden, también, vulnerar derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte Constitucional pasa de proteger los derechos fundamentales vulnerados por la autoridad judicial, figura jurisprudencial más conocida como vías de hecho o más reconocida como de error grave, **a sustituir la discrecionalidad de cada juez en su ramo en la función de determinar el alcance de los derechos allí involucrados, en el ámbito natural de dar mayor o menor prevalencia a unos y a otros en una argumentación razonable**, despojándolo de la competencia, a él especialmente encomendada para definir los asuntos confiados a su libre interpretación, pues en derecho las respuestas son más correctas o razonables, según el criterio de cada quién. De permitir tan amplias facultades estaríamos frente a una Corte que tiene competencias para revisar, de plano, los fallos sobre las demás jurisdicciones, cosa que consideramos inadmisibile.

La situación descrita vulnera el equilibrio de poderes y el principio de la desconcentración de la Administración de justicia, so pretexto de no serlo porque ella es la **autoridad máxima** ⁴⁵⁴ en la interpretación de los derechos fundamentales, cuando en realidad la Constitución colombiana permite que cada jurisdicción integre la Constitución al ordenamiento legal, para darle alcance y tensión a los derechos involucrados en su ramo.

Por todo lo expuesto, importa que los jueces justifiquen suficiente y razonadamente su posición jurídica y que, en todo caso, la respalden con una de varias respuestas razonables, compartida o no por unos u otros dentro de un proceso que permita, la mayoría de las veces, apelaciones e intervenciones en los términos establecidos por el legislador, si la Corte Constitucional entra a establecer cuál es la decisión adecuada se configura una grave alteración del orden constitucional y del debido proceso establecido en y para esa específica jurisdicción de toma de decisiones y de la descentralización del poder. Además, si se trata de acudir a criterios de autoridad, sostenemos que hay varias Cortes de

⁴⁵⁴ Sentencia C-392 “Así mismo ha de tenerse en cuenta que si bien la Corte, como se verá más adelante, ha entendido de manera restrictiva su competencia, debe observarse que la competencia de la Corte Constitucional, sea en sus facultades de revisión o del ejercicio del control abstracto de las leyes, se vincula directamente con la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (C.P., art. 241), lo que implica que es una “meta-jurisdicción” y verdadero órgano de cierre del sistema, cuya competencia, aunque esta mediada normativamente (C.P., art. 241), no puede interpretarse en el sentido de hacer nugatoria su función de guarda de la Carta Magna.”

cierre con capacidad de dar argumentos razonables en cuanto al alcance de los derechos fundamentales que involucran su jurisdicción y no una única Corte como se quiere hacer ver. Como si la jurisdicción constitucional estuviera realmente compuesta por jueces “Hércules” o todopoderosos. Observamos entonces que la Corte Constitucional, con el argumento de asegurar los derechos fundamentales, pareciera querer legitimar el no tener límites en el ejercicio del poder de la judicatura.

Lo cierto del caso es que el *boom* de la introducción de los sistemas de jurisdicción constitucional no encuadra dentro del esquema estatal basado en la división de poderes. Así lo corrobora el destacado tratadista Álvaro D’ors, citado por Cascajo Castro: *“La prueba más elocuente de esta crisis de la división de poderes está en el poder de los tribunales constitucionales, que, inevitablemente, como ya se ha evidenciado hace tiempo en Alemania, quedan erigidos en instancia de control político soberano, pues su competencia no se limita al tema de la constitucionalidad o no de las leyes, sino alcanza, con tal pretexto a cualquier acto de gobierno, e incluso a las últimas decisiones del aparato judicial. Dada esta realidad es muy explicable que un gobernante se impaciente ante la eventual contradicción de un órgano que, al ser él también político no debería pretender una independencia judicial constituida con un criterio de selección similar al del mismo Gobierno.”*⁴⁵⁵ Y continúa Cascajo Castro, anotando que la cita transcrita en precedencia, compártase o no, obligatoriamente obliga a la reflexión.

Históricamente la humanidad se ha dolido del presidencialismo extremo (el Estado soy yo, expresión de Luis XIV), del parlamentarismo –congresionalismo extremo– (nobleza inglesa) y del judicialismo extremo (Cortes Constitucionales).

A cualquier jurista le es familiar afirmar que hay varias soluciones razonables para diversas cuestiones jurídicas. Ahora se debe dar un paso teórico-cognoscitivo en el ámbito de las ciencias del espíritu, sobre todo, en el de las ciencias normativas, y debe darse, en relación con la misma cuestión: la existencia de diversos entendimientos discrepantes (sin necesariamente ser contradictorios), aunque igualmente correctos. Los juristas nunca encontraremos un único derecho correcto, muestra de lo cual son los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. No es atinado afirmar que el sistema anglosajón es más correcto que el continental-europeo- o viceversa, por ejemplo. Dworkin, por el contrario, piensa que cada cuestión jurídica tiene sólo una respuesta correcta. Respuesta que, desde luego, sólo podría dar un jurista con conocimientos sobrehumanos y que Dworkin denomina “Hércules.”⁴⁵⁶ La interesante discusión Hart-Dworkin, sobre si ¿Son los magistrados de la Corte Constitucional los únicos facultados en nuestro

⁴⁵⁵ CASCAJO CASTRO, José L. Vicente Gimeno Sendra. El recurso de amparo, Ed. Tecnos, segunda edición, Madrid, 1992, p. 85. Citando a D’ors: Prelección Jubilar, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 12

⁴⁵⁶ KAUFFMANN, Arthur. Hermenéutica y derecho, colección de filosofía, derecho y sociedad, Ed. Comares, Granada, 2007. p. 89.

sistema de desconcentración judicial, los llamados a dar las respuestas que se consideran correctas? ¿Son sólo ellos los jueces constitucionales en nuestra república?

Por otro lado, haremos el siguiente análisis: la competencia de un tribunal constitucional para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito judicial no parece ser un componente esencial en las Constituciones europeas modernas. Francia e Italia prevén en sus Constituciones una jurisdicción constitucional competente para decidir sobre las posibles lesiones de los derechos fundamentales en el momento los tribunales aplican el derecho. El artículo 134 de la Constitución italiana no establece una competencia semejante para la Corte Constitucional y el artículo 56 de la Constitución francesa tampoco reconoce para el Consejo Constitucional una competencia de esta naturaleza. La regla general, por tanto, se reduce a limitar el control normativo de los tribunales constitucionales en relación con el ejercicio del control a las normas generales, es decir al control, en abstracto, y excepcionalmente, este control se extiende a normas individuales representadas por los fallos de los tribunales del poder judicial.⁴⁵⁷

Por lo general las Constituciones no tienen una respuesta exacta sobre el alcance de los límites de las competencias, dado que no excluyen la posibilidad de que el tribunal constitucional ejerza un control en materia de derechos fundamentales; en realidad, la Constitución española, más que resolver el problema, lo plantea. Es difícil comprender cuándo una decisión judicial constituye un acto de ejercicio de potestad jurisdiccional que no afecta un derecho fundamental. Todas las ramas del poder público están llamadas al límite; la pregunta referente a los límites del control del tribunal constitucional en materia de derechos fundamentales respecto a las decisiones del poder judicial, dado que este último tribunal invalida frecuentemente las decisiones del poder judicial, en todo caso las constituciones europeas, en especial la española, no fijan el límite de injerencia de la Corte Constitucional sobre las demás autoridades judiciales:

“Por estas razones, la solución no consiste en aumentar el riesgo de la arbitrariedad, que conlleva, dicho sea una vez más, un debilitamiento de la seguridad del ciudadano. Se trata de establecer criterios claros de cuando una sentencia o resolución judicial es arbitraria desde la perspectiva de la Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán aprecia la existencia de una lesión del derecho constitucional cuando la interpretación realizada por el tribunal de la causa conduce a un resultado que –que si hubiera estado en un contenido de una ley ordinaria, hubiera tenido que producir la declaración de nulidad o cuando implica un abuso del derecho. Siguiendo ese orden de ideas,

⁴⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal, Ed. Hammulari, Argentina, 1999. p. 19.

dice De la Oliva, que el marco de presunción de inocencia habrá invasión del Tribunal Constitucional en la esfera de la jurisdicción ordinaria, si el Tribunal Constitucional lleva a cabo una actividad de libre valoración de la prueba,⁴⁵⁸ pero también en la ponderación de la prueba el tribunal aplica el derecho y que en esa tarea puede vulnerar la prohibición de arbitrariedad, no se justifica excluir de la materia del recurso de amparo lo que se admite para la casación; es decir, el control de las reglas de la sana crítica.⁴⁵⁹ Señala Bacigalupo: “En suma: un reducción del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia puede establecer ciertos límites formales a la jurisdicción constitucional en lo concerniente a la protección de los derechos fundamentales, pero a cambio de un aumento del riesgo de arbitrariedad cuya compensación con otros beneficios para el Estado de Derecho no se alcanzan a percibir.”⁴⁶⁰

En el caso Colombiano, la Corte Constitucional, vía acción de tutela, puede modificar o cambiar la decisión de la respectiva jurisdicción, cuando se demuestra la violación de un derecho fundamental y se cumplan las condiciones generales y especiales para controvertir la decisión de la respectiva jurisdicción. No obstante, consideramos que esta facultad empodera excesiva e inconstitucionalmente a la Corte con las tres funciones estatales, razón por la cual, pensamos que cada Corte debería tener su Sala especializada en los asuntos de tutela contra providencias.

Conclusiones de capítulo

- 1) La desconcentración y la autonomía de la administración de justicia como característica esencial del poder jurisdiccional frente a la Administración, está consagrada en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia y debe entenderse de acuerdo con las líneas jurisprudenciales dadas por la Corte Constitucional para la función jurisdiccional.
- 2) En este contexto los jueces superiores jerárquicos son quienes unifican la jurisprudencia y las autoridades están llamadas a seguirlas salvo argumentación rigurosamente razonable que les permita apartarse del

⁴⁵⁸ DE LA OLIVA. El recurso de casación, Ed. centro de estudios jurídicos y formación la Catalunya, 1994, p.134.

⁴⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal. Ob. cit., p. 37.

⁴⁶⁰ Ibídem. p. 38.

precedente cuando se trata de autoridad administrativa, toda vez, que ella no cuenta con el principio de autonomía judicial.

- 3) Los jueces superiores deben respetar el principio de desconcentración tanto horizontal como verticalmente, por tanto, deben acatar las decisiones adoptadas por los jueces de otra jurisdicción o las de sus inferiores en ciertas circunstancias.

Conclusiones finales

- 1) De lo expuesto y argumentado a lo largo de la presente tesis, **se concluye** que el cumplimiento de una norma se puede otorgar en mayor o en menor medida a la Administración o al poder judicial, tal cual como se matiza la autonomía de la Administración en el sistema de la *common law* y en el sistema continental europeo. No obstante, el principio de la tutela judicial efectiva permite, en la mayoría de países, el control posterior por parte de los jueces sobre la Administración, en unos países de manera más intensa que en otros. De ahí la inevitable injerencia de los jueces sobre la Administración. Sin embargo, **en Colombia, el legislador se las ha ingeniado para que la aplicación normativa sea conjunta y paralela mediante la creación de un mecanismo, tan novedoso como eficaz como el de la extensión de la jurisprudencia en asuntos administrativos**, en busca de garantizar la celeridad y la eficacia, al momento de proteger los derechos de los administrados en sede administrativa; en estas condiciones, el acto administrativo tendrá un contenido altamente jurisprudencial, situación evidenciada, a todas luces, con la reducción de la discrecionalidad de la Administración frente al poder judicial. **Por ésta razón la Administración se ha judicializado.**
- 2) **El Estado social de derecho se estructura en torno a los tres poderes clásicos: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.** Cada uno de ellos posee un ámbito de competencia para la creación del derecho y, aunque autónomos, no funcionan como ruedas sueltas, al momento de resolver los problemas sociales, sino que se da entre ellos el debido engranaje para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, en cabeza de sus administrados. La producción normativa de cada uno de los tres, se supedita jerárquicamente a la Constitución, a la ley y a los actos administrativos, pero lo relevante aquí, es como todos ellos, en la creación normativa, deben hacerlo preservando los mandatos y los principios constitucionales, sin importar el margen de discrecionalidad que

se tenga en la producción del derecho. **En todo caso, serán los jueces quienes tienen la última palabra para delimitar el alcance del derecho y de allí la importancia de la desconcentración de la Administración de justicia**, acogiendo la idea tradicional de fraccionar el poder, restringiendo el empoderamiento de la Corte Constitucional, toda vez que los jueces no escapan a al propósito de limitar las competencias para restringir y mejor distribuir el poder en un Estado democrático.

- 3) **La tutela contra providencia judicial se justifica y se hace necesaria, siempre cuando su aplicación sea restrictiva.** El ideal es que cada una de las altas Cortes tenga una sala especializada integrada por magistrados eruditos que responsables de los asuntos tutelables, en el área de su competencia; sin embargo, como remedio transitorio, la acción de tutela debe responder a unos parámetros bien restrictivos, sin que de ninguna manera, las decisiones de la Corte Constitucional al revisar las providencias de otras jurisdicciones den la sensación de ser falladas más razonablemente frente a la posición asumida por la otra corporación, en cuanto la Corte Constitucional sólo estaría autorizada para reemplazar la providencia del juez, cuando la decisión evidencie un despropósito o arbitrariedad, al punto de que el juez pueda llegar a ser investigado penal y disciplinariamente.
- 4) **La defensa del juez especializado de la Administración, como juez autónomo e independiente, tiene una alta relación con la finalidad democrática,** esto es, con la regencia de los principios de la separación y equilibrio de poderes, lo que implica que la jurisdicción especializada no solamente responde a una diferenciación clara entre derecho público y derecho privado, entre el principio de desigualdad o subordinación en los cuales se fundan las medidas o prerrogativas estatales, así como el grado de sometimiento del Estado a un régimen, como si éste fuera un particular más para alcanzar las necesidades públicas, sino que la función judicial es necesario desconcentrarla, toda vez que, como se estableció en el curso de la presente tesis, **juzgar la Administración es también administrar, así como juzgar la legislación también sería administrar** conforme a los lineamientos esbozados en el cuerpo del trabajo para depurar el poder.
- 5) **En consecuencia, es plausible concluir, desde este punto de vista, que los Estados que ostentan pluralidad de jurisdicciones son más democráticos que los que tienen un sistema monista;** y que, ciertas decisiones de interés general deben estar concentradas en autoridades legítimamente escogidas por el pueblo bajo la supervisión de jueces

especializados, y prohibir o restringir en mayor o menor medida las competencias de los particulares para participar en la Administración y en ciertos servicios públicos, mediante normas de derecho privado sometidos a una jurisdicción ordinaria. Lo anterior, condicionado a las estrategias del Estado en búsqueda de preservar el interés general, satisfacer las necesidades públicas, y controlar el manejo de la economía.

- 6) **Con la Ley 1437 de 2011, el juez especializado de la Administración amplió su poder no sólo con la acentuada intervención sobre la Administración a través de las acciones de tutela, de grupo, populares, y las amplias medidas cautelares, sino, en particular, con la institución de la extensión de la unificación de jurisprudencia,** que determinó el papel preponderante de los jueces para garantizar la adecuada función administrativa.
- 7) **En cuanto a la unificación de jurisprudencia,** si bien el Consejo de Estado no es un tribunal de casación en Colombia, no por ello deja de cumplir una función monofiláctica para brindar estabilidad y seguridad jurídica y, por ende, está plenamente justificada la posibilidad de que una controversia judicial tenga en cuenta no sólo la ley, sino la jurisprudencia del Consejo de Estado para adoptar determinada decisión; por esta potísima razón el precedente judicial tiene una mayor incidencia en la creación del derecho. Ahora bien, como se abordó en el cuerpo del trabajo, **la labor del Consejo de Estado, en su función de unificar la jurisprudencia, debe respetar la autonomía e independencia de los jueces de menor jerarquía,** en la misma medida como dicha jurisdicción exige autonomía de la Corte Constitucional. Por tal motivo **este autor demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011,** al confrontarlo **principalmente con el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia,** porque **no es admisible que en el afán de unificar la jurisprudencia, el Consejo de Estado asuma competencia de procesos pendientes** de fallo por parte de otros jueces.
- 8) **Aparentemente en Colombia el poder judicial es desconcentrado, y se exige contar con un juez máximo en la jurisdicción contencioso administrativa. Pero la realidad es otra, se centralizó la Administración de la justicia**

ordinaria, administrativa y legislativa en manos de la Corte Constitucional, a través de la institucionalización de la tutela contra sentencia judicial. La conclusión no puede ser más categórica: **en Colombia se abandonó la valiosa idea de un juez especializado de la Administración**, en consecuencia, nuestro sistema es tan monista como el de Norteamérica. Si bien el Estado goza de principios y normas propias para la resolución de controversias, no tiene una autoridad judicial desconcentrada que decida tales asuntos, pues **aunque existe Consejo de Estado**, sabemos que, en últimas, **la Corte Constitucional monopoliza la competencia para la solución de las controversias contencioso administrativas**.

9) Con la conclusión anterior **no se pretende desprestigiar la acción de tutela, sólo proponemos que ésta sea reformada por el constituyente primario**, dentro del contexto orgánico o estructural del poder; como sería la creación de salas de tutela dentro de cada alta corporación, elegida cada una de estas por magistrados salientes de otras corporaciones, con competencias específicas para cada alto tribunal, puesto que la Corte Constitucional, so pretexto de proteger los derechos fundamentales, se atribuye en forma abierta y, hasta arbitraria competencias para solucionar conflictos en diversas materias.

10) Estudiada la importancia de la separación de los tres poderes clásicos y su coherencia con la desconcentración de la jurisdicción, **no vacilamos en afirmar que el juez especializado de la Administración es necesario, dado que fortalece la teoría de la separación de poderes dentro de los lineamientos anotados**. En resumen: realmente se presenta una confusión de poderes, pues el Estado contemporáneo es un único poder jurídico, al punto de considerar que *juzgar a la Administración también es administrar*.

11) De los anteriores señalamientos, **se deduce que resulta más fácil diferenciar las dos caras de una hoja en blanco, que diferenciar al juez y a la Administración o al juez y al legislador**, porque cuando ambos deciden asuntos públicos, sean unos por actos estatales y otros por juicios, ambos resultan constituyendo el mismo deber ser, pronunciado por el propio Estado, sometido a las normas constitucionales.

12) En este orden de ideas, **se concluye que la huida del derecho administrativo es en cierta forma el abandono de la idea clásica de la separación de poderes**, la renuncia a la jurisdicción contencioso administrativa y el giro de la concepción de los servicios públicos en cabeza del Estado, a normas de derecho privado. Por consiguiente, implica la imposición de lo privado sobre la idea de lo público con la nueva institución llamada *new public management*. No obstante, debemos enfatizar como en ciertos casos el Estado puede acudir a medidas de derecho privado para alcanzar una mayor celeridad y eficacia, cuando estratégicamente lo considere, en los términos de los lineamientos de esta tesis. En todo caso, hay situaciones donde se requiere una normatividad especializada,

de modo que un Estado podría participar de una y otra, en mayor o menor medida. Tanto es así, que de los análisis realizados para la presente investigación, se comprueba que no es tan cierto que en Inglaterra el Estado esté sometido a un único derecho, esto es, al derecho de la *common law*; es más, esta nación cuenta con un ordenamiento superior que es el *statute law* del cual penden múltiples decisiones del Gabinete británico.

13) Quedó claro que históricamente Inglaterra gozó de prerrogativas como la de “*the king can do not wrong*”, **al punto de poder valerse hoy de la teoría de la deferencia, de procedimientos especiales**, así como de prerrogativas y de imposiciones unilaterales frente a los particulares, por lo que **no se niega la superioridad del Estado frente a cualquier particular**. La Administración, sea que se rija mayoritariamente por normas privadas o públicas, está sujeta al control judicial, bien, al de un juez común o, o bien al de un juez especializado, por lo que el grado de control o de injerencia va a depender de los parámetros interpretativos que se otorgue a los jueces, tal como lo hemos propuesto a lo largo de esta tesis.

14) En relación con el ámbito jurídico colombiano, ha de concluirse que el **intenso activismo judicial implementado y avalado por el Congreso mediante el procedimiento de extensión de jurisprudencia debe alertar, tanto a la democracia representativa**, como a la Administración burocrática, con la finalidad de destacar los parámetros de legitimidad para interpretar el ordenamiento jurídico, es decir, se hace un llamado a implementar teorías relativas a la restricción judicial. Hoy son los jueces quienes gobiernan, son sus sentencias las que determinan los actos de la Administración; la jurisprudencia desborda el carácter normativo de la legislación, la sustituye y va más allá. Con lo anotado no se niega la intervención de los jueces en los demás poderes, sólo se llama a los operadores jurídicos a mantener una prudencia reflexiva, en el marco de la discrecionalidad administrativa que detenta el poder ejecutivo.

SOPORTE BIBLIOGRÁFICO DE LA TESIS

1. MANUALES Y TRATADOS

ALEX, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ANDERSEN, William. Mastering administrative law, Ed. Carolina Academic Press. University of Washington School of Law, 2010.

ATIENZA, Manuel. Juan Ruiz Manero: Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos, ed. Ariel, Barcelona, 1996.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1427 de 2011. Ed. Legis, Primera edición, Bogotá D.C., 2011.

ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Aproximación al derecho administrativo constitucional, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2009.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso. Derecho administrativo, tomo II, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 2001.

BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal, Ed. Hammulari, Argentina, 1999.

BAGEHOT, Walter. La Constitución inglesa, estudios preliminares de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna,. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.

BARNÉS VÁSQUEZ, Javier. La justicia administrativa en el derecho comparado. Ed. Civitas S.A, Madrid, 1994.

BAUZÁ MARTORELL, Felio. La desadministración pública, prólogo de Ramón Parada, Ed. Marcial Pons, consell de Mallorca, Madrid, 2001.

BICKEL, Alexander. The least dangerous branch, bobbs, - Merrill Education publishing, Indianápoles, 1978.

BURDEAU, Georges. Derecho constitucional e institucionales políticas, traducción de la 18ª ed. francesa realizada por Ramón Falcón Tello, Ed. Nacional Cultural y Sociedad Torre Galindo, Madrid, 1981.

CASCAJO CASTRO, José L. Vicente Gimeno Sendra. El recurso de amparo, Ed. Tecnos, segunda edición, Madrid, 1992.

CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

CASSESE, Sabino. La globalización jurídica, prólogo de Luis Ortega, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. Justicia e Interpretación constitucional. Ed. Leyer. Bogotá D.C. 2000.

CASTILLO ALVA, José Luis. El precedente judicial y el precedente constitucional, Ed. Ara Ediciones, Perú, 2008.

CERRONI, Umberto. La libertad de los modernos, Ed. Martínez Roca S.A, Barcelona, 1973.

CHAHÍ LIZCANO, Guillermo. Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo Ley 1437 de 2011, Consejo de Estado y Contraloría General de la República, memorias, Bogotá, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. El estado posmoderno, traducción de Oswaldo Pérez, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 2011.

CORTÉS, Fabián Martín. En público y privado. Las transformaciones del derecho del estado y de la empresa, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2010.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789, artículo 16.

DEL SAL, Silva. Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno, sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial, Ed. Ariel, Barcelona, 1966.

GARZÓN VALDES, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003.

DÍAZ DÍEZ, Cristian. La jurisdicción de lo contencioso administrativo, el control jurisdiccional especializado de la Administración pública, dentro del Estado de Derecho y la democracia, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Centro de Estudios de Derecho administrativo (CEDA), Universidad de Antioquia, Medellín, 2013.

DÍEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo, fundamentos y eficacia vinculante, Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008.
DUGUI, León. Lecciones de Derecho Público General, impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad Egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926. Traducción, estudios preliminares y notas de Javier García Fernández. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2011.

DROMI, Roberto. El acto Administrativo, Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano, Ed. Legis, Bogotá D.C., 2010.

FAVOREAU, Louis. Legalidad y constitucionalidad, la constitucionalización del derecho, temas de derecho público. Traducción de Magdalena Correa Henao, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2001.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial. Ed, Palestra, Lima, 2008.

FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

FIORAVANTI, Mauricio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días, traducción de Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, primera reimpresión, Madrid, 2007.

FISHER, Elizabeth. Risk regulation and administrative constitutionalism. Ed, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon. North América, 2008.

GAMERO CASADO, Eduardo. Manual Básico de Derecho Administrativo, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, La Constitución como norma y el tribunal constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA HERREROS, Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. Ed, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1997.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, quinta edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno, sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial, Ed. Ariel; Barcelona, 1996.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, 5° edición, Madrid, 1992.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Derecho constitucional comparado, séptima edición, Ed. Manuales de la revista de occidente, Madrid, 1964.

GIL BOTERO, Enrique. La Constitución de 1991, Poder judicial, principio democrático y novedades institucionales. Ed. Ibáñez, Colección monografías, Bogotá D.C., 2011.

GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal. Derecho administrativo general, Ed. Marín Vieco, Medellín, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, (Ley 29/1998, de 13 de Julio) Ed. Civitas, Tercera edición, Madrid, 1998.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Álvaro. Derecho Administrativo.

MORAND DEVILLER, Jacqueline, Curso de Derecho Administrativo, curso temas de reflexión y análisis de fallo. Ed. Universidad Externado de Colombia, primera edición en Español, Bogotá, 2010.

HARTMUT, Mariou. Derecho administrativo alemán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2012.

HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. Descentralización, desconcentración y la delegación en Colombia, Ed. Legis, Bogotá D.C 1999.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique. Derecho procesal penal, Madrid. Ed Revista de Derecho Privado, vol. II, 1985.

KAUFFMANN, Arthur. Hermenéutica y derecho, colección de filosofía, derecho y sociedad, Ed. Comares, Granada, 2007.

KELSEN Hans. Judicial review of legislation a comparative study of the austrian and the american constitution. Journal of politics, Austrian, 1942.

LINDE PANIAGUA, Enrique. Constitucionalismo democrático, Madrid. Ed. Colex, 2002.

LAPORTA Francisco J. y ALVARES Silvina. La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho, la corrupción política, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1997.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias, línea jurisprudencial y teoría del derecho. Aquí miraremos varias sentencias en las cuales reconocen la necesidad de que las jurisprudencias sean consideradas como fuente formal del derecho. Ed. Legis. 2001.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo en Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007.

MALDONADO CALA, Fernando y ANZOLA GIL, Marcela. La Constitución de 1886 en el derecho comparado. Ediciones de Librerías de profesores, 1987.

MARÍN CORTÉS, Fabián. Público y privado, Estudios sobre el Estado de Derecho, el Estado constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes públicos y privados. Ed, Temis, Bogotá D.C., 2008.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Ed., Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2007.

MARTÍNEZ, Mauricio. La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial, la tutela contra providencias judiciales en Colombia y España, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2009.

MERKEL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo, Ed. Comares, Granada, 2004.

MESA VÉLEZ, Ramiro. La acción de tutela contra los fallos de casación, Ed. Universidad la Gran Colombia, Bogotá D.C, 2009.

MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes, Ed. Ediciones Istmo, Madrid, 2002.

MORAND DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho Administrativo, curso temas de reflexión, comentarios y análisis de fallo, Ed. Universidad Externado de Colombia, primera edición en español, Bogotá D.C., 2010.

MORINEAU, Marta. Una introducción al common law, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2006.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. El choque de trenes, ¿guerra entre cortes?, Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2010.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. La prueba en el procedimiento contencioso administrativo, Derecho español contemporáneo, magistrado de lo contencioso administrativo, Ed. Reus, Madrid, 2011.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

OTTO BACHOF, Ignacio. Derecho constitucional, sistema de fuentes, Ed. Civitas, Madrid. 1987.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Evolución y perspectivas de la jurisdicción de lo contencioso –administrativo en Colombia, Ed. Librería jurídica Sánchez, Medellín, 2006.

PARADA, Ramón. Concepto y fuentes del derecho administrativo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

PAREJO, Alfonso. Administrar y juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho administrativo, Ed. Tirant, Lo Blanch, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 2011.

PENAGOS, Gustavo. Curso de derecho administrativo. Ed, Librería del Profesional, Bogotá D.C, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, 4ª Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso, Ed. Bosch, segunda edición Barcelona, 2012.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Vías de hecho, acción de tutela contra providencias, Ed. Ibáñez. Séptima Edición, Bogotá D.C, 2012.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. Responsabilidad extracontractual del Estado, Ed. Universidad Libre, Cali, 1994.

RIVADENEIRA V, Antonio José. Historia del derecho constitucional colombiano. Ed, Universidad Externado de Colombia Segundo, Bogotá D.C., 1961.

RIZO OTERO, Harold José. Lecciones de derecho constitucional colombiano. Ed, Temis, Bogotá D.C., 1997.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Estructura del poder público en Colombia, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2006.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Decimoquinta edición, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2008.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Extensión de las sentencias de unificación de jurisprudencia in Instituto del Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, Ed. Consejo de Estado y Banco de la República, Bogotá D.C., 2011.

ROZO ACUÑA, Eduardo. Sistema constitucional colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1982.

SÁCHICA, Luis Carlos. Constitucionalismo colombiano, séptima edición actualizada. Ed. Temis, Bogotá D.C., 1983.

SAGUES, Néstor pedro. La interpretación judicial de la Constitución, ed. Segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, M. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. El surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia, entre la centralización, la inmunidad administrativa y el control del poder. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, filosofía e historia del derecho, Ed. Temis, Bogotá D.C., 2010.

SARMIENTO ERAZO, Juan Pablo. Surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia, entre la Regeneración, la Dictadura y la Unión Republicana, Ed. Ibáñez, Bogotá D.C., 2012.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo Tomo I, Ed. Facultad de derecho de Montevideo, 1986.

SEVERO GIANNINI, Massimo. Derecho administrativo, traducción Luis Ortega, Ed. Ministerio para las administraciones públicas, Madrid, 1991.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011, Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2011.

SCHWARTZ, B. Administrative law, 3Ed. Little Brown and Company, Boston, 1991.

SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo, el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo. Colección mejores trabajos de grado, No 5. Universidad de Antioquia: facultad de Derecho y Ciencias políticas, Medellín, 2010.

STARCK, Christian. Sobre la jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

TAMAYO, Silva. Desviación del poder y abuso del derecho, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

TUSHNET, Mark. Constitucionalismo and judicial review. Ed, Palestra, Lima, 2013.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis. El control de la Administración pública en México, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996.

VÁZQUEZ SOLETO. La casación civil (revisión crítica), Ed. Tecno, Barcelona, 1979.

VECINA CIFUENTES, Javier. La casación penal, el modelo español, práctica jurídica, Ed. tecno, Madrid, 2003.

VEDEL, Georges. Preface a la tesis de Pierre Esplugas. Conseil Constitutionnelet service public, Ed. Biliotheque constitutionnelle et de science politique, Paris, 1994.

VELASCO CABALLERO, Francisco. Derecho público más derecho privado, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Los dos sistemas del derecho administrativo, ensayo de derecho público comparado, Santa fe de Bogotá, Ed. Institución Universidad Sergio Arboleda, primera edición, 1994.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. Ed, Temis, Bogotá D.C, 1997.

YOUNES MORENO, Diego. Curso de derecho administrativo. Ed, Temis, Bogotá D.C., 2004.

ZAMBRANO CETINA, William. Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, In Memorias del Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011, Ed. Consejo de Estado y Contraloría General de la República, Bogotá D.C, 2011.

2. ARTÍCULOS

ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad *in* Temas de derecho público Nro. 44, Ed. Universidad Externado de Colombia-Instituto Constitucionales, Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá D.C., 1997.

ARAUJO OÑATE, Rocío. El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano *in* Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa, presentación de la traducción de la ley alemana de procedimiento administrativo. Ed. Universidad de Buenos Aires, primera edición, Buenos Aires Argentina, 2012.pp. 406 y ss.

BALBIN, Carlos F. Control de los actos políticos *in* Cuadernos y Debates, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1951.

BIANCHI, Alberto. El control judicial de la Administración pública bajo la llamada doctrina de la deferencia *in* El Derecho público a comienzos de siglo XXI, estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS. 2009. pp.2265 y ss.

BULYGIN, Eugenio. *In Sentencia judicial y creación del derecho en C. Alchourrón y Ed. Bulygin, Análisis lógico y derecho, Madrid, CEC, 1991.pp. 361 y ss.*

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799.1999) *In Revista de Administración Pública, Madrid, No 153, septiembre- diciembre, 2000. pp. 529 y ss.*

CASSAGNE, Juan Carlos. El sistema judicial y la llamada judicialización de la actividad de la Administración, *Revista española de derecho administrativo, núm. 133, Madrid, 2007.principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad de la Administración, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.*

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. *In El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo Ley 1437 de 2011, Consejo de Estado y Contraloría General de la Republica, memorias, 2011.pp. 373 y ss.*

COURTIS, Christian. Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales *In Jueces y Política, coordinadores Fernando Ojesto, Jesús Orozco Henríquez y Rodolfo Vázquez, Ed. Porrúa México, 2005. pp. 65 y ss.*

FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de democracia, Una discusión con Michelangelo Bovero *In Teoría de la Democracia, Dos Perspectivas Comparadas, IFE- Temas de la democracia, conferencias magistrales, México .Núm. 13.2001.2000. pp.15 y ss.*

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes *In, Universidad Torcuato di tella, Buenos Aires, Isonomía. No 6 1997.pp. 64 y ss.*

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El papel del poder judicial en la transición a la democracia. *In La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 130 y ss.*

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia con jueces *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 245 y ss.

JOLOWICZ J.A. Administrative procedure in english law. *In* El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan r Brewer, Ed. Civitas, Bogotá D.C., 2003. pp. 2423 y ss.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel. El régimen de los intendentes en la Constitución de Cúcuta de 1821: un modelo de administración policial en el estado republicano *In* Universidad del Norte, Barranquilla, Revista de Derecho No 30, ISSN 0121-8697, 2008. pp. 114 y ss.

MALARETI GARCÍA, Elisenda. El derecho de la Administración pública: derecho público y derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales *In* Derecho público y derecho privado en la actuación pública, Ed. Marcial Pons, institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1999. pp. 9 y ss.

MERRIL, Thomas W. Columbia Law Review. Jun. 2011, Vol. 111 Issue 5, pp.. 939-1003. 65p. Materias: ADMINISTRATIVE procedure; APPELLATE courts; PUBLIC law; PUBLIC administration; ACTIONS & defenses (Law); ARTICLES of incorporation; UNITED States; federal courts of law; provintial courts of law; Other General Goverment Support Base de datos: Academic Search Complete, p. 941.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, *In* Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., No 36,2005. pp. 123 y ss.

OROZCO HENRÍQUEZ J. Jesús, Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional, *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús .

OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael Enrique. El proceso especial para la extensión de la jurisprudencia *In* XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ed. Universidad Libre, Medellín, 2013. pp. 506 y ss.

PECZENIK, Alexander. Estado de Derecho, seguridad jurídica y legitimidad del derecho *In* Derecho y Razón, introducción de Ernesto Garzón Valdés, Ed. Fontamara, México, 2000. pp.135 y ss.

PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. Las relaciones del juez administrativo y el juez constitucional *In* Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América latina. Consejo de Estado de Colombia, Consejo de Estado de Francia, Consejo Superior de la Judicatura, Ed. Temis, Bogotá D.C., 1999. pp.93 y ss.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica, *In* Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de filosofía II, Madrid, Trotta- Consejo Superior de Investigaciones Científicas BOS, 1996. pp. 481 y ss.

POCHARD, Marcel. La evolución de lo contencioso administrativo en el mundo *In* Memorias-Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa, Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado francés, Bogotá D.C., 2008. pp. 33 y ss.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La justicia administrativa en la Constitución política de 1991. *In* Retos y perspectivas del derecho administrativo, segunda parte, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2009. pp. 406 y ss.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia *In* Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América latina. Consejo de Estado de Colombia, Consejo de Estado de Francia, Consejo Superior de la Judicatura, Ed. Temis, Bogotá D.C., 1999. pp. 55 y ss.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Un siglo de derecho administrativo en Colombia *In* El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS, Ed. Civitas ediciones, Madrid, 2003. pp. 23 y ss.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe. Revista de Derecho (15105172), 2010, Vol 9 Issue 17 pp. 51-53. Materials, APPELLATE courts; HUMAN rights;;LEISLATIVE bodies; TRIALS (Law); JUDGES Selection & appointment; ADMINISRATIVE law; CONSTITUTIONAL law. Base de datos: Fuente Académica.

SARRIA ACUÑA, Consuelo. Sociedad civil, justicia constitucional y administrativa Jorge Eduardo Londoño Ulloa *In* Fundación Universitaria de Boyacá, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. III Seminario Internacional (compilador y traductor), Bogotá D.C. 2000 pp. 121 y ss.

SARRIA, Consuelo H. Control judicial de la Administración pública *in* Justicia administrativa, Ed. Unsta, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, 1981.

SUAREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo, el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo. Colección Mejores Trabajos de Grado, No. 5. Medellín: Universidad de Antioquia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010.

TROPER, Michel. El poder judicial y democracia *In* La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez, compiladores. Filosofía del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 214 y ss.

VARELA AUTRÁN, Benigno. Estado de Derecho y Poder Judicial *in* El Juez del Derecho administrativo, estudios en homenaje al profesor Javier Delgado Barrio, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

3. NORMATIVIDAD - JURISPRUDENCIA

- SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

- C-436 de 2013. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.
- C-588 de 2012. Magistrado ponente: Mauricio Gonzales Cuervo.
- C-816 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.
- C-539 de 2011. Magistrado ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.
- C-634 de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- C-522 de 2009. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- C-590 de 2005. Magistrado ponente: Jaime córdoba Triviño
- C-036 de 2005. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- C-037 de 2003. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- C-836 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- C-037 de 1996. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- C-104 de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- C-543 de 1992. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

- C-197 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- C-1293/01: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C-156 de 2013. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- C-755 de 2013. M.P: María Victoria Calle Correa.
- C- 523 de 2009. Magistrado ponente: Maria Victoria Calle Correa.
- SU- 353 de 2013. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.
- SU-913 de 2009. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- T-125 de 2012. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- T-934 de 2009. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- T-1222 de 2005. Magistrado ponente: Jaime córdoba Triviño.
- T-1625 de 2000. Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.
- T- 256 de 1993. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-123 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- T-553 de 2012. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- T-146 de 2010 y T-047 de 2011. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.
- T-024 de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- T-094 de 2013. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO:

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01123-00(2647-13). Bogotá D.C, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014).
- *Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00952-01(34033), Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ.*
- Sección tercera, Radicado 9527, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil (2000), Magistrada ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.
- Sección Tercera. Radicado Expediente 31701. Auto Noviembre 24 de 2005. Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sección Tercera, auto del 4 de abril de 2013, expediente 2013-00019.

4. NORMATIVA:

- ACTOS LEGISLATIVOS:

- 013 de 2006.
- 1 de 1945, Artículo 41.
- 1 de 1968.

- CONSTITUCIONES:

- Constitución Política de Colombia de 1886, y sus Actos legislativos 1910, 1914 Artículo 41 del acto legislativo Numero 3, 1936, 1945,1957, 1968 y 1979.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Art. 230, 228.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Art. 355 y decreto reglamentario 777. de 1992.

- DECRETOS:

- Decreto de 27 de noviembre 1 de Diciembre de 1970 (Francia).
- Decreto – Ley 01 de 1984.

- LEYES

- Ley 16-24 de Agosto de 1790 (Francia).
- Ley 57 de 1887.
- Ley 174 de 1888.
- Leyes 61 de 1886, 57 de 1887, Artículo 10 de la Ley 153 de 1887. 174 de 1888. 100 de 1892, Artículo 4 de la Ley 169 de 1896.
- Ley 130 de 1913 artículos 1,18 literal f) y g) y el artículo 21 Numeral 11, Ley 60 de 1914.
- Leyes 6 de 1914, 38 de 1918, 99 de 1919, 25 de 1928, 70 de 1930, 7 de 1932, 80 de 1935.
- Ley 167 de 1941.
- Ley 11 de 1975.
- Ley 80 de 1993.
- Ley 270 de 1996.
- Ley 472 DE 1998.
- Ley 610 de 2000.
- Ley 954 de 2005.
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 1474 de 2011.

5. WEBGRAFIA

CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. La tutela contra sentencia judicial, el caso de Colombia, Esta obra hace parte del acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas dela UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2561/14.pdf>. Fuente consultada en diciembre 2012.

Diccionario de la Real Academia Española: sinónimo, discernir. Tomar posición en un asunto. 11 de Septiembre de 2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=determinar>.

GIACOMETTE FERRER, Ana. www.juridicas.unam.mx. acción pública de inconstitucionalidad de las leyes. Tomado el 9 de noviembre.

<http://consejodeestado.gov.co/seminario/lineadeltiempo.html> 24 de Noviembre de 2013.

<http://www.argumentando.com/files/pdf/regimen-de-responsabilidad-estatal.pdf>. 6 de diciembre 2013.

<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf> 4 de diciembre de 2013. CASSAGNE, Juan Carlos: La discrecionalidad administrativa.

<http://www.colombia.com/colombiainfo/nuestrahistoria/constitucion24.asp> 8 de noviembre DE 2011.

<http://www.colombia.com/colombiainfo/nuestrahistoria/constitucion24.asp> 8 de noviembre DE 2011.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt7.pdf>. 5 de diciembre 2013. MALAGÓN PINZÓN, Miguel: Colonialismo Cultural Francés y la Creación del Consejo de Estado en el Derecho administrativo colombiano.

MERRILL, Thomas W. Columbia Law Review. Jun2011, Vol. 111 Issue 5, p939-1003. 65p. Materias: ADMINISTRATIVE procedure; APPELLATE courts; PUBLIC law; PUBLIC administration; ACTIONS & defenses (Law); ARTICLES of incorporation; UNITED States; Federal courts of law; Provincial courts of law;http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-12080105consejo_de_estado_modifica_criterio_sobre_tutela_contra_sentenci/noti-120801-05consejo_de_estado_modifica_criterio_sobre_tutela_contra_sentenci.asp. 1 de agosto de 2012.

Other General Government Support Base de datos: Academic Search Complete. P 941.

MORENO, Faustino Cordón. Revista de Derecho (16081714). 2002, Vol. 3, p. 157-167. 11p. Language: Spanish. Base de datos: Fuente Académica "Como dice GARCIA DE ENTERRIA,

ROTONDO TORNARÍA, Felipe. Revista de Derecho (15105172). 2010, Vol. 9 Issue 17, p 51-53. Materials, APPELLATE courts; HUMAN rights; LEGISLATIVE bodies; TRIALS (Law); JUDGES -- Selection & appointment; ADMINISTRATIVE law; CONSTITUTIONAL law Base de datos: Fuente Académica.